



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

TESIS DOCTORAL

EL CONCEPTO JURÍDICO DE TERRORISMO.

**Los delitos de terrorismo en el Código Penal de 1995, un análisis
doctrinal y jurisprudencial. Especial referencia al terrorismo
individual.**

Autor:

Mario Capita Remezal

Directora:

Prof.^a Dr.^a D.^a Carmen Lamarca Pérez

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL, PROCESAL E HISTORIA

Getafe, junio de 2007



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL, PROCESAL E HISTORIA
ÁREA DE DERECHO PENAL

EL CONCEPTO JURÍDICO DE TERRORISMO.
Los delitos de terrorismo en el Código Penal de 1995, un análisis
doctrinal y jurisprudencial. Especial referencia al terrorismo
individual.

TESIS DOCTORAL

Mario Capita Remezal

Directora: Prof^a. Dra. D.^a Carmen Lamarca Pérez

2007



**UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL, PROCESAL E HISTORIA
ÁREA DE DERECHO PENAL**

**EL CONCEPTO JURÍDICO DE TERRORISMO.
Los delitos de terrorismo en el Código Penal de 1995, un análisis
doctrinal y jurisprudencial. Especial referencia al terrorismo
individual.**

TESIS DOCTORAL

Mario Capita Remezal

Directora: Prof^a. Dra. D.^a Carmen Lamarca Pérez

2007

A Carmen, la luz que me ha guiado y que ha creído en mí.

A la Universidad Carlos III y a mis compañeros del Área de Derecho Penal que me han recibido cariñosamente.

A mis padres y hermanos por su ayuda.

Para Elena, con todo mi amor, porque me ha apoyado en la elaboración de esta tesis y que a la vez la ha sufrido en soledad.

ÍNDICE

	<u>Págs.</u>
INTRODUCCIÓN: OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN Y MÉTODO EMPLEADO	13
I. Comentario sobre el objeto de la investigación	13
II. Presentación y breves precisiones del método empleado	17
III. Dificultades que plantea el estudio de los delitos de terrorismo	20
 CAPÍTULO PRIMERO: EL CONCEPTO JURÍDICO DE TERRORISMO	 23
I. Sobre el concepto de terrorismo	23
1. El concepto de terrorismo en la jurisprudencia	29
2. El concepto de terrorismo en los instrumentos jurídicos internacionales	30
3. El concepto de terrorismo en la legislación penal	37
II. Elemento teleológico	39
1. Subversión del orden constitucional	52
2. Alteración grave de la paz pública	57

III. Elemento estructural	64
1. Banda armada	75
2. Organizaciones o grupos terroristas	83

CAPÍTULO SEGUNDO: LOS DELITOS DE TERRORISMO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

89

I. Introducción	89
II. Tipos de riesgo catastrófico	92
III. Los atentados contra la vida, la integridad o la libertad	106
IV. El depósito de armas o municiones	128
V. Cláusula residual	137
VI. Atentados contra el patrimonio con fines recaudatorios	141
VII. La colaboración	147
VIII. La apología y humillación a las víctimas del terrorismo	179

IX. La provocación, la conspiración y la proposición. La inhabilitación absoluta. La atenuación para terroristas arrepentidos	201
---	-----

X. Equiparación de las condenas de Jueces y Tribunales en el extranjero	219
---	-----

CAPÍTULO TERCERO: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL TERRORISMO INDIVIDUAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

223

I. Planteamiento y utilidad	223
-----------------------------	-----

II. Fundamento. Ámbito de aplicación. Naturaleza jurídica	224
---	-----

III. Razones político-criminales	230
----------------------------------	-----

IV. La noción de terrorismo individual en el Código Penal de 1995. Exégesis del artículo 577	234
--	-----

V. Especial referencia al dolo y al elemento subjetivo del tipo	242
---	-----

VI. Las formas de exteriorización de la actividad terrorista individual. Modalidades de conducta	243
--	-----

1. El delito de homicidio	246
---------------------------	-----

2. El delito de lesiones	247
--------------------------	-----

3. Los delitos de detención ilegal y de secuestro	249
---	-----

4.	Los delitos de amenazas y de coacciones	250
5.	Los delitos de incendios y de estragos	256
6.	El delito de daños	261
7.	Los delitos de tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes	266
8.	Cuestiones comunes a estas modalidades de conducta	267
VII. La relación entre el terrorismo individual y los desórdenes públicos del art. 557. Problemas de concurso		268
VIII. Consideraciones finales y críticas a estos tipos delictivos		270
CONCLUSIONES FINALES		273
BIBLIOGRAFÍA		295
ÍNDICE DE AUTORES		325

INTRODUCCIÓN: OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN Y MÉTODO EMPLEADO.

I. Comentario sobre el objeto de la investigación.

Esta es una investigación sobre el concepto de terrorismo básicamente jurídica, aunque en ella se viertan aspectos y opiniones que no lo son tanto, debido a la dificultad en el tratamiento y exposición de forma aséptica de esta materia¹, ya que se presenta como una manifestación con contenido histórico, social y político, mostrándose como un fenómeno global de imprevisibles consecuencias para el orden mundial, lo que impide al jurista realizar una labor de interpretación que no esté condicionada por la realidad social y cultural que le rodea, determinando que no se sea todo lo imparcial que se debería²; no obstante, existen mecanismos de corrección de estas desviaciones, como es la fidelidad investigadora basada en una buena dogmática jurídico-penal que, como señala Gimbernat Ordeig, <<averigua el contenido del Derecho Penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una

¹ Esta dificultad se constata en el estudio y exposición de cualquier materia jurídica, así Lamarca Pérez, afirma que <<alguna de las críticas a la dogmática jurídica pueden superarse mediante la “confesión” de los presupuestos de la labor del intérprete; de este modo se evita o, al menos, se intenta evitar que la ideología o la realidad social que atenaza irremediamente al jurista se filtren a través de la descripción del Derecho y aparezcan con la etiqueta de ciencia, de neutralidad axiológica. Dicha filtración es seguramente irremediable e incluso no tiene por qué resultar negativa o rechazable>>. LAMARCA PÉREZ, C. *Posibilidades y límites de la dogmática penal*, en Cuadernos de Política Criminal, Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, nº. 33, 1987, pág. 527.

² GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, R. *Terrorismo y tipificación penal*, en Actualidad Penal, nº. 48, del 25 al 31 de diciembre, La Ley, 2000, pp. 1020 a 1121, <<el concepto jurídico de “Terrorismo”, aun cuando parte de una posición sincrética, ha de desplazar de su entorno consideraciones periféricas que, marginando objetivos estructurales dificultan, desde el punto de vista técnico, el adecuado tratamiento de tal manifestación subversiva. Ello significa que la búsqueda de una definición con relevancia jurídico-penal ha de ser ajena a descripciones teóricas de signo fenomenológico, a categorías analógicas simples, a puras connotaciones políticas o reduccionismos conceptuales tan abundantes en el campo especulativo. De ahí que hayamos de partir de una constatación inexcusable: en un sistema democrático, la finalidad ajena a la actividad terrorista no accede al campo penal por su contenido más o menos radical de reivindicación política, sino porque su forma delictiva de exteriorización, es decir, el cauce a través del cual se pretenden alcanzar los fines que casi siempre como mera excusa se expresan, atacan, además del bien jurídico que se lesiona por la concreta actuación criminal, en la propia unidad del ordenamiento estatal, quebrantando la exclusividad de los mecanismos constitucionales que encauzan la disputa política>>.

ampliación segura y calculable del Derecho Penal>>³. Desde luego no pretendemos proponer otro concepto más de terrorismo a añadir a la larga lista de los ya elaborados, aunque, como apunta Lamarca Pérez⁴, parece que ello no es óbice para que pueda decirse que no existe un concepto jurídico del mismo.

No es nuestra pretensión realizar una mera recopilación del amplio número de definiciones existentes⁵, ni de citas bibliográficas; tampoco vamos a formular un concepto ontológico del terrorismo ni vamos a buscar su naturaleza jurídica porque de nada serviría encuadrarlo dentro de alguna de las instituciones del Derecho perdiéndonos en disquisiciones puramente teóricas de las que no obtendríamos ningún resultado práctico, ni siquiera un instrumento⁶ válido como herramienta de trabajo; como ha afirmado Morillas Cueva⁷, <<el investigador del Derecho Penal ha de borrar la imagen que lo describe como erudito que trata unos problemas y desarrolla una Ciencia que poco tiene que ver con las leyes que luego se aplican en los Tribunales. La Ciencia del Derecho Penal tiene que ser una Ciencia útil al práctico>>. Pero hay que tener presente, que aunque se pueda cuestionar el carácter científico de la actividad investigadora que aquí se desarrolla, no por ello se puede calificar como simple ideología o arbitrariedad⁸, porque se ha fundamentado principalmente en un riguroso

³ GIMBERNAT ORDEIG, E. ¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?, Estudios de Derecho Penal, Civitas, Madrid, 1976, pp. 80 y ss.

⁴ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico del terrorismo, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Colección Temas Penales, Madrid, 1985, pág.27. Para esta autora <<el terrorismo es un concepto muy escasamente elaborado por la legislación y por la dogmática, hasta el punto de que parece dudoso que pueda hablarse de un “concepto jurídico” de terrorismo>>.

⁵ GARCÍA SAN PEDRO, J. Terrorismo: aspectos criminológicos y legales, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1993, pág. 7. Indica este autor, refiriéndose al terrorismo, que <<se dispone de un innumerable elenco de definiciones las cuales, sin embargo, a veces sólo son útiles en el ámbito monodisciplinar al cual se circunscriben, aunque frecuentemente no se aclara tal cuestión y se pretende que surtan efecto general>>.

⁶ Los verdaderos instrumentos de trabajo del jurista son las normas, como afirma Morillas Cueva: <<El instrumento de trabajo, pues, son las normas, normas que regulan conflictos reales de la vida cotidiana producidos en una concreta realidad social. A esta actividad un elevado número de autores ha denominado dogmática, porque parte de las normas jurídicas estimadas como un dogma, manifestándose de esta manera el profundo respeto que el jurista ha de tener hacia esa declaración de voluntad con pretensiones de validez general>>. Acto seguido este profesor propone una definición de <<Dogmática jurídico-penal, faceta de “investigación, concreción e interpretación” de las normas y reconstrucción del sistema para su adecuada aplicación en la sociedad, objetivo preferente del Derecho>>. MORILLAS CUEVA, L. Metodología y ciencia penal, Universidad de Granada, 1990, pág. 263.

⁷ MORILLAS CUEVA, L. Metodología y..., op. cit., pág. 261. En la pág. 262 señala que <<inicialmente la misión principal del estudioso de la Ciencia del Derecho Penal es el conocimiento de su objeto, esto es, del Derecho positivo>>.

⁸ Opinión como la de Lamarca Pérez, que sostiene que <<si en la línea del neopositivismo entendemos que la actividad científica es sólo aquella que se ajusta escrupulosamente a las reglas de la lógica formal o aquella cuyos resultados son empíricamente verificables, tal vez no podemos atribuir status científico a la labor del jurista, pero en todo caso ello no significa que la misma carezca de una seguridad razonable, ni,

análisis de la legislación vigente, así como de la doctrina científica y jurisprudencial, que nos ha llevado al mismo tiempo a estudiar no sólo el concepto de terrorismo, sino también los diferentes tipos delictivos del C.P. de 1995, y especialmente el terrorismo individual, porque sólo de este estudio completo podríamos llegar a obtener el resultado buscado, por la implicación que en ese concepto tienen estas figuras ilícitas.

Por otra parte, este trabajo tampoco pretende ser un estudio sociológico, moral o político del fenómeno terrorista, sino que tiene como objeto realizar una labor investigadora del contenido de las normas antiterroristas, con la finalidad de interpretarlas y buscar su sentido último, o lo que es igual, llegar a su conocimiento y contribuir al estudio del concepto de terrorismo y en especial, de los elementos que según la legislación penal vigente constituyen el mismo, como son el elemento finalístico o teleológico y el estructural u organizativo. Elementos que, como se verá más adelante, no son pacíficamente admitidos por la doctrina; ni siquiera el propio legislador tiene un concepto unívoco de ellos, al introducir distorsiones en los mismos e incluso componentes nuevos, como es el caso de la figura del terrorismo individual, en el que es preciso que no se verifique el elemento estructural u organizativo, y además el elemento teleológico adolece de imprecisión conceptual al haber encuadrado en el mismo, además de los fines clásicos de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, el de contribuir a ellos atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional.

Todo lo anterior, provoca que nos enfrentemos a tener que abordar un concepto de terrorismo cambiante y difuso, en el que, por parte del legislador, no hay una posición clara, sino que ésta fluctúa en función de intereses políticos concretos y de momentos o situaciones específicas, lo que provoca continuas reformas legislativas, en ésta y en otras materias, que nos aboca a plantearnos la necesidad de construir una legislación técnicamente correcta para que en la medida de lo posible sea estable, requisito casi imprescindible en materia penal, porque es una de los modos de preservar y garantizar que se observen de mejor forma todos sus principios y garantías, las que los

mucho menos, que sea pura ideología o catecismo político. Más allá de la ciencia no tiene por qué haber necesariamente arbitrariedad o simple intuición>>. En la pág. 537 continúa sobre esta idea al afirmar que hay que <<distinguir en la medida de lo posible aquello que es conclusión razonable de la preceptiva penal de aquello otro que es aportación del sistema axiológico constitucional, resultado de las investigaciones empíricas o simple y, por supuesto legítima, opinión subjetiva del intérprete>>. LAMARCA PÉREZ, C. *Posibilidades y límites...*, op. cit., pág. 531.

terroristas niegan a sus víctimas. Una legislación cambiante en materia de terrorismo no es muestra de otra cosa, que de imprevisión y de una concepción poco clara sobre el mismo, confusión que a veces es premeditada o buscada de propósito, lo que estimula la sensación de inseguridad en el ciudadano, a la vez que le lleve a cuestionarse si realmente el Estado le protege lo suficiente, desde la perspectiva de su capacitación para luchar contra el mismo y llegar a su erradicación definitiva, lo que entendemos que ha conducido a que un sector de la ciudadanía reclame un endurecimiento de las penas, así como su cumplimiento íntegro. Ante esta situación, la consigna del legislador es justificar tanta reforma sobre la base de que el terrorismo es un fenómeno susceptible de operar numerosos cambios, ya que continuamente los terroristas están utilizando nuevos y diferentes medios delictivos, por lo que se hace preciso adecuar la legislación al nuevo contexto sin perjuicio de que nuestra legislación y la jurisprudencia de nuestros tribunales están orientadas, también en esta materia como en el resto, a posibilitar la reinserción social del condenado por delitos de terrorismo y que a la vez se preocupa de las víctimas de estas acciones violentas en lo que respecta a la reparación de los daños y a las indemnizaciones⁹, lo que empieza a no ocurrir en ciertos países democráticos occidentales, incluido el nuestro, donde las reformas están orientadas a menoscabar e incluso cercenar los derechos y garantías individuales del ciudadano, y hasta los derechos humanos más elementales.

Una buena legislación en materia de terrorismo no creo que precise de reformas continuas; en la medida en que la utilización de nuevas formas de ejecución de actos terroristas¹⁰ o la irrupción de nuevos sujetos terroristas, como por ejemplo el terrorismo fundamentalista o integrista de carácter islamista, puede ser perseguido con unas normas estables y fijas, garantizadoras de los derechos y de las libertades fundamentales del ciudadano que le reconoce el Estado de Derecho, así como de los derechos humanos básicos. Con esto no abogamos por el inmovilismo, lo que reivindicamos es la estabilidad y la permanencia sensata del ordenamiento jurídico y de los conceptos incluidos en el mismo, ya que un concepto de terrorismo cambiante lo que

⁹ GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I. *Legislación antiterrorista y derechos humanos*, en Actualidad Penal, n.º. 21, del 22 al 28 de mayo, Madrid, 1989, pp. 1121 a 1127.

¹⁰ GARZÓN REAL, B. *La nueva legislación antiterrorista*, en Estudios de Derecho Penal y Criminología, Homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa, UNED, Facultad de Derecho, Madrid, 1989, Tomo I, pág. 334, para el que <<las formas de terrorismo son múltiples, y no obedecen a un esquema uniforme y previo, sino que cada uno se acomoda a la finalidad que persigue con formas y estructuras asociativas distintas>>.

demuestra es el fracaso del Estado, porque el C.P. y las normas penales ni están, ni pueden resolver este grave problema; son en otro tipo de medidas conjuntas, nunca extraordinarias, en las que se tiene que buscar la solución, siempre que estén bien fundamentadas político, criminal y jurídicamente¹¹.

En definitiva, nuestro objetivo es encontrar un concepto jurídico de terrorismo, situarlo en nuestro ordenamiento jurídico, para conocer exactamente qué tipo de actos pueden ser calificados como tal, para distinguirlos de otras acciones que sean constitutivas de otros delitos, como por ejemplo desórdenes públicos, y no sean castigados indebidamente como de terrorismo, y para manejar un concepto dogmático que sea válido como instrumento en el estudio por parte de la doctrina científica de las normas sobre esta materia y sobre todo por seguridad jurídica, para todos los ciudadanos y todos los operadores jurídicos.

II. Presentación y breves precisiones del método empleado.

Para lograr los objetivos que perseguimos, es preciso realizar un estudio de la legislación antiterrorista¹² averiguando a través de la interpretación¹³, cuál puede ser el concepto de terrorismo, o lo que es lo mismo, qué presupuestos han de darse para que entren en juego los tipos de los delitos terroristas que actualmente se encuentran básicamente, por lo que se refiere a las normas sustantivas o materiales, en el Código Penal de 1995- lo que no siempre ha sido así, ya que en ciertos momentos la legislación antiterrorista ha estado fuera del Código Penal- y, por lo que se refiere a las normas adjetivas o procesales, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Del mismo modo, es necesario tanto el estudio de las opiniones de la doctrina científica como de la jurisprudencia de nuestros tribunales, fundamentalmente de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, que de forma casi exclusiva juzgan estos delitos, si exceptuamos los

¹¹ Como por ejemplo y como apunta, MANTECA VALDELANDE, V. *Normativa sobre prevención y blanqueo de la financiación del terrorismo*, en La Ley-Actualidad, 3 de julio de 2002, pág. 1751, bloquear las fuentes de financiación terroristas, como aspecto fundamental para la prevención de la comisión de acciones terroristas, cerrando el flujo financiero de los que se nutren estas organizaciones.

¹² Para BOBILLO, F. J. *Constitución y legislación antiterrorista*, en Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Constitucionales, nº. 48, noviembre-diciembre de 1985, pág. 60, con esta expresión <<estamos refiriéndonos a un conjunto de normas que constituyen la parte principal de la respuesta legislativa del Estado al fenómeno de la violencia política>>.

¹³ Que <<consiste en atribuir significado a una disposición normativa>>, PRIETO SANCHÍS, L. *Apuntes de teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005, pág. 263.

que por razón de la competencia personal de los aforados conocen los Tribunales Superiores de Justicia de las respectivas Comunidades Autónomas, y los correspondientes recursos ante el Tribunal Constitucional sobre materia referente a nuestra Carta Magna. Asimismo, hemos consultado los Dictámenes, Informes y Memorias del Consejo de Estado, del Consejo General del Poder Judicial y de la Fiscalía General del Estado.

Por otro lado, queremos precisar que no hemos realizado una labor investigadora de tipo histórico porque nos parece que está ya ampliamente elaborada, de forma casi exhaustiva, en numerosas obras sobre esta materia y tampoco hemos entendido conveniente confeccionar un capítulo específico de legislación comparada sobre terrorismo, pues hemos preferido optar por su inclusión material sistemática aunque hay que señalar que ésta no será más que una referencia cuando resulte necesario, en la medida en que se están produciendo numerosos cambios en la legislación de nuestro entorno, lo que nos puede llevar a comparar normas que al cierre de nuestra investigación pueden estar ya derogadas, con la consiguiente inutilidad de nuestro esfuerzo, por lo que hemos optado por profundizar en lo permanente en detrimento de lo inestable, que llevado a límites extremos nos conduciría, aunque no lo hemos hecho, incluso a obviar el análisis de ciertas modalidades delictivas de nuestro C.P., que muestran inequívocos síntomas de volatilidad.

Como es sabido, la labor investigadora, debe realizarse partiendo de unos presupuestos epistemológicos y empleando una dogmática jurídica que debe huir de ciertas imprecisiones y contradicciones, sobre todo por el hecho de que en todo trabajo jurídico existe una cierta carga ideológica que imprime el autor, lo que provoca que se desvirtúe el método empleado y la calidad científica del mismo, por lo que cuando esto ocurra es preciso ponerlo de manifiesto, ya que como dice Lamarca Pérez¹⁴ <<el problema no consiste en que, se formule el derecho, precisando las palabras del legislador, colmando las lagunas o resolviendo las incoherencias, ni tampoco en que se critique decididamente ese Derecho positivo; el problema de la dogmática es que se realicen esas funciones de modo encubierto, haciendo aparecer como parte del sistema

¹⁴ LAMARCA PÉREZ, C. *Posibilidades y límites...*, op. cit., pág. 543. En la pág. 537 añade que <<no debemos presentar como descripción del sistema jurídico conclusiones que son el resultado de nuestra propia reflexión o herencia de nuestra cultura jurídica>>.

jurídico ciertos principios o teorías que son, en realidad, el producto de la elaboración de la propia dogmática>>.

La metodología utilizada en la investigación se basa en el análisis funcional de los elementos y principios del concepto de terrorismo y de los delitos terroristas, que pueden ser realizados desde diversas ideologías, como ha quedado desgraciadamente patente con los atentados fundamentalistas o integristas de signo islamista, aunque el legislador partió a la hora de elaborar estos tipos delictivos de la realidad que entonces existía en nuestro país que fundamentalmente giraba en torno a una determinada organización, si bien había y hay más asociaciones terroristas lo que ha determinado que las normas se hayan ido adaptando a las nuevas realidades nacidas de los hechos que se han realizado. Analizaremos la problemática sustantiva y material penal de los delitos de terrorismo, su estructura -el tipo objetivo y el tipo subjetivo- y sus elementos.

En cuanto a la sistemática adoptada, hemos organizado la exposición de esta investigación de forma que en el Capítulo Primero buscamos un concepto jurídico de terrorismo, su descripción legal y para ello, hemos analizado sus elementos, a saber, el teleológico o finalístico, indagando en la definición de subversión del orden constitucional y de alteración grave de la paz pública, y el estructural u organizativo, realizando una definición y una distinción entre banda armada, organización y grupo terrorista, desde un estudio de la doctrina científica y jurisprudencial. En el Capítulo Segundo se examinan los diferentes tipos delictivos de terrorismo, es decir, las conductas previstas y sancionadas como delitos de terrorismo, de los arts. 571 a 580, elaborando un estudio, de cada tipo por separado, de su estructura y de sus elementos, así como de los problemas de interpretación y de aplicación jurisprudencial, sistematizando y analizando multitud de sentencias, fundamentalmente del T.S., A.N. y también del T.C., sin olvidarnos de la opinión de los tratadistas del Derecho Penal. En cada tipo delictivo, nos referimos al bien jurídico protegido, al tipo objetivo -sujetos activo y pasivo, autoría y participación, objeto material, la conducta típica-, al tipo subjetivo -el dolo, los elementos subjetivos del tipo o del injusto-, a la naturaleza jurídica, a la clasificación del delito, a los actos preparatorios punibles -formas de participación intentada o de resolución manifestada-, a la consumación, a las formas imperfectas de ejecución, a los problemas concursales y a la penalidad establecida. En el Capítulo Tercero, se hace una especial referencia al terrorismo individual, esto es al

que se ejerce sin el soporte de asociación alguna, es decir, banda armada, organización o grupo terrorista, diferencia con los otros tipos, que nos obliga a realizar un estudio por separado, sin dejar de lado la problemática que plantea tanto desde el punto de vista de política criminal, como desde la perspectiva de aplicación práctica por los tribunales, para lo que analizamos las sentencias de nuestros tribunales y las disímiles y heterogéneas opiniones doctrinales, sistematizándolo todo, en función de las diferentes modalidades delictivas, hasta alcanzar nuestra meta, tarea nada fácil, porque incluso en el elemento tendencial hay diferencias con el resto de delitos terroristas, al haber introducido el legislador, como indicamos antes, una nueva finalidad -la de contribución a los fines clásicos de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, con el objetivo de atemorizar a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional.

Por último, finalizamos con unas Conclusiones extraídas del estudio de todo lo anterior, con el propósito de precisar la utilidad de toda esta investigación que nos lleva a obtener una serie de posiciones ante la regulación penal del terrorismo, para que pueda servir como instrumento al operador jurídico que se enfrente con esta materia. De la misma manera, proponemos alguna orientación y sugerencia legislativa futura, tanto en el desarrollo de la exposición como en las conclusiones para, finalmente, intentar fijar un concepto jurídico de terrorismo válido para nuestro ámbito jurídico.

III. Dificultades que plantea el estudio de los delitos de terrorismo.

En esta investigación hemos constatado que abordar un estudio sobre el terrorismo y los delitos terroristas, supone enfrentarse a numerosos problemas por la apuntada complejidad del fenómeno terrorista y de la materia jurídica a tratar, siendo preciso, por lo tanto, mantenerse fiel a una buena dogmática jurídico-penal, con el objetivo de llegar a definir el concepto de terrorismo y encontrar sus límites, así como para concretar el contenido de cada figura delictiva.

Los delitos de terrorismo están en el C.P. para reprimir y castigar ciertas conductas que lesionan determinados bienes jurídicos que por su entidad e importancia

se deben proteger. La solución al terrorismo, de igual modo que otras conductas delictivas, debe ser conjunta, de tipo legislativo, político, social y policial, ya que sólo combinando estas medidas se podrá encontrar una salida a este fenómeno extremadamente violento, pero ésta no reside exclusivamente en una respuesta penal que no puede ofrecer remedios extraordinarios, para cuestiones que desbordan su ámbito, es constatable además que el legislador, para intentar remediar esta lacra, ha realizado continuas y apresuradas reformas legislativas¹⁵, carentes en ocasiones del suficiente estudio y sosiego, cuando no impulsadas por motivos electoralistas e incluso respondiendo a cierta presión mediática, lo que ha provocado una evidente exasperación de las penas y una huída hacia el Derecho penal lo que es clásica en esta materia; por ello entendemos que la represión penal del terrorismo cumple en la mayoría de las ocasiones más con una función simbólica, que con una buena política criminal¹⁶ lo que nos hace interrogarnos sobre hacia dónde debería tender la actividad del Estado en materia de legislación antiterrorista.

Como sucede en casi todos los tipos delictivos, la dificultad reside también, y a veces sobre todo, en descifrar el verdadero sentido de los preceptos jurídicos penales positivos sobre terrorismo, que tienen que ser desarrollados sistemáticamente, ordenándolos en categorías y relacionándolos con los tipos comunes de otras partes del C.P.

Por otro lado, la falta de un concepto jurídico positivo claro de terrorismo, así como de banda armada, organización o grupo terrorista o de las expresiones subversión del orden constitucional o de alteración grave de la paz pública, determina que el estudioso de estos delitos deba realizar una labor investigadora de búsqueda de los

¹⁵ Según BOBILLO, F. J. *Constitución...*, op. cit., pág. 73: <<A pesar de la ineficacia de esta legislación para combatir los hechos que se indica han provocado su existencia (ineficacia que se comprueba con sólo comprobar la continua producción legislativa antiterrorista, la perpetuación de su excepcionalidad y la permanente escalada represiva), el poder ha conseguido imponer en la opinión pública una visión policial del terrorismo configurada sobre dos argumentos simplificadores y demagógicos>>.

¹⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Sobre la función simbólica de la legislación penal antiterrorista española*, en *Pena y Estado*, nº. 1, 1991, pág. 91, para este profesor la legislación antiterrorista española presenta <<abundantes elementos de carácter simbólico>> y exterioriza una <<rechazable huida hacia el Derecho penal, concebido no como última ratio, sino como única ratio, al pretender exteriorizar una apariencia de efectividad y de respuesta a una demanda social. También aquí el paradigma de la víctima pasaba a un primer plano en la orientación de la política criminal española. Con esta normativa el legislador demostraba a la sociedad la trascendencia que para él tenía el problema terrorista, pese a que sus experiencias anteriores le mostraban que el camino de la exasperación penal era erróneo>>.

mismos, que puede llevar consigo el partir de premisas no del todo acertadas, por lo que se hace preciso ser cuidadoso en la elección del significado de estas expresiones, tanto en su sentido semántico como jurídico, apoyándose para ello en el D.R.A.E. y en la jurisprudencia. De cualquier manera, todas estos trances lo que provocan es que la labor investigadora sea más interesante y produzca un resultado útil para el práctico del Derecho, por compleja y por la incidencia práctica que tiene este tipo de legislación, que por desgracia ha sido frecuentemente aplicada por nuestros tribunales.

CAPÍTULO PRIMERO: EL CONCEPTO JURÍDICO DE TERRORISMO.

I. Sobre el concepto de terrorismo.

Para referirnos al terrorismo, desde un punto de vista jurídico, no poseemos un único concepto unívoco y taxativo¹⁷. La legislación penal española sobre esta materia no realiza una definición de terrorismo¹⁸ y la doctrina científica utiliza múltiples acepciones desde diferentes puntos de vista, ya sean políticos, sociológicos o jurídicos, aunque, como se mantiene de forma unánime, no existe una definición concreta del concepto de terrorismo y su naturaleza jurídica no está determinada. En este sentido, señala Campo Moreno¹⁹ que <<pocos temas han generado tantas controversias, cuando no auténticas divergencias>> y de forma similar Gimeno Sendra²⁰ indica que el <<concepto de delito de terrorismo no es doctrinalmente nada pacífico>>, en la misma línea argumental, Carbonell Mateu²¹ para el que <<es curioso lo difícil que resulta encontrar definiciones legales de terrorismo, mientras que proliferan las políticas y las... doctrinales>>, así como, García S. Pedro²² entiende que el terrorismo presenta <<como cuestión previa, unas veces la de su carácter polisémico, y otras, la de su contenido

¹⁷ Como afirma Lamarca Pérez <<la cultura jurídica contemporánea carece de un concepto unívoco y preciso del terrorismo>>. LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 31. Para GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *El Derecho Penal frente al Terrorismo. Cuestiones y Perspectivas*, en Terrorismo y proceso penal acusatorio, VV. AA., Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pág. 70, <<se trata de una expresión ambigua y equívoca>>.

¹⁸ SERRANO GÓMEZ, A. Derecho Penal, Parte Especial, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 1035: <<El Código no da un concepto de terrorismo, simplemente describe lo que son actos terroristas>>, del mismo autor, *El terrorismo en el Derecho Español*, en Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 907 a 920. Vid. ASÚA BATARRITA, A. *Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental*, en Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.

¹⁹ CAMPO MORENO, J. C. Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial, Editorial General de Derecho, Valencia, 1997, pág. 23.

²⁰ GIMENO SENDRA, V. *Nuevas perspectivas de la legislación procesal penal antiterrorista*, en Documentación Jurídica, Gabinete de Documentación y Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, vol. 2, nº. 37 a 40, enero-diciembre de 1983, pp. 1245 a 1262.

²¹ CARBONELL MATEU, J. C. *Terrorismo: Algunas reflexiones sobre el concepto y el tratamiento penal*, en Terrorismo y proceso penal acusatorio, VV. AA., Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pág. 49.

²² GARCÍA SAN PEDRO, J. Terrorismo: aspectos..., op. cit., pág. 3.

controvertido>> ya que como dice Arroyo Zapatero²³ el <<término terrorismo adolece de considerable imprecisión semántica>>. Desde una perspectiva más amplia, para Bueno Arús²⁴ <<el terrorismo es un complejo fenómeno político y social, de difícil formulación jurídica>>, mientras que para De Arístegui²⁵ <<el problema surge con la definición misma del terrorismo: la diversidad de culturas, sistemas políticos y jurídicos e incluso de valores morales y religiosos hace difícil, por no decir imposible, una definición convencional del término>>; todo ello, unido a que como dice Martínez Cardós²⁶ <<el terrorismo es un modo de consecución del poder político y un modo de dominación política>>, provoca que algunos autores lleguen a afirmar que el terrorismo no se puede definir jurídicamente²⁷, posición con la que no estamos del todo de acuerdo, porque es posible elaborar un concepto jurídico de terrorismo analizando las normas jurídicas, si bien, teniendo especial cuidado en no recopilar o proponer conceptos de terrorismo que sean extrajurídicos, propios de ámbitos ajenos al Derecho, que se sostienen con elementos históricos, políticos, sociales o filosóficos, ya que, como mantiene Lamarca Pérez²⁸ si <<el terrorismo es ante todo un fenómeno histórico y social, expresión y no causa de una sociedad en conflicto>> es fácil caer en el error de introducir estos aspectos históricos, políticos, sociales o filosóficos, en su definición jurídica.

De la postura que, prácticamente de forma unánime, ofrece la doctrina se puede inferir una idea básica y es que se debe proponer un uso jurídico del término terrorismo, aunque sea complicado elaborar una definición del mismo por las cuestiones ya referidas que impiden tener una percepción clara del fenómeno terrorista dificultando el poder encontrar su concepto en buena técnica jurídico-penal. Consideramos que, precisamente por la contaminación que producen este tipo de cuestiones, en esta

²³ ARROYO ZAPATERO, L. *Terrorismo y sistema penal*, en *Reforma Política y Derecho*, Colección de Temas Constitucionales, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1985, pág. 155.

²⁴ BUENO ARÚS, F. *Aspectos jurídicos del terrorismo*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Ministerio de Justicia, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Escuela de Estudios Penitenciarios, nº. 228 a 231, enero-diciembre de 1980, pág. 85.

²⁵ DE ARÍSTEGUI, G. *La cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo*, en *Política Exterior*, vol. XI, nº. 60, noviembre-diciembre de 1997, pp. 67 a 78.

²⁶ MARTÍNEZ-CARDÓS, L. *El terrorismo: aproximación al concepto*, en *Actualidad Penal*, La Ley, nº. 26, del 29 de junio al 5 de julio, Madrid, 1998, pág. 479.

²⁷ BELLOCH, J. A. *Introducción al estudio de la L. O. 8/1984, de 26 de diciembre. ¿Una quiebra del Estado de Derecho?*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº. 11, enero-abril de 1985, pág. 9.

²⁸ LAMARCA PÉREZ, C. *Tratamiento jurídico...*, op. cit., pág. 19. Para CARBONELL MATEU, J. C. *Terrorismo: Algunas reflexiones sobre el concepto...*, op. cit., pág. 49, <<el terrorismo constituye en nuestros días el fenómeno más evidente de hostilidad al sistema>>.

investigación sólo se debe usar de forma jurídica el término²⁹, por lo que realizaremos una reflexión axiológica, analizando los valores a los que deben tender las normas jurídicas que se expongan y, en su caso, proponiendo lo que sería a nuestro juicio una formulación adecuada de estas normas, ya que es la materia propia que debe abarcar este estudio estrictamente penal. Por lo que respecta al legislador, debe buscar emplear conceptos que no sean genéricos, ni tautológicos, atendiendo a las exigencias del principio de taxatividad de las normas penales, proponiendo formulaciones de tipo funcional e instrumental y huyendo de construcciones ontológicas propias de la Filosofía del Derecho, para limitarse a ofrecer unos tipos penales claros y concretos, que planteen el menor número posible de interrogantes y de cuestiones problemáticas.

Quizás como punto de partida, resulte conveniente realizar una aproximación gramatical, en concreto semántica, al significado del término terrorismo. Así, el Diccionario de la Real Academia Española³⁰, nos ofrece dos acepciones del término terrorismo, una como <<dominación por el terror>> y otra como <<sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror>>; estas dos acepciones, hacen referencia a un amplio número de hechos humanos subsumibles en las mismas, por lo que se hace preciso su concreción desde su aspecto jurídico que es el que nos interesa.

El lenguaje común utiliza el término terrorismo de forma general, como hace la doctrina, que ha formulado diversas definiciones con distintos elementos, que son susceptibles de poder encuadrarse dentro de diferentes clasificaciones y de las cuales hemos elegido las tres que nos parecen más relevantes y en las que se hace referencia, sobre todo, a los elementos de finalidad política (elemento teleológico) y de realización desde una entidad asociativa (elemento estructural). En primer lugar, expondremos las definiciones que contemplan únicamente el elemento teleológico o finalístico, en segundo lugar, aquellas que combinan los dos elementos y en tercer y último lugar, aquellas que unidos a estos elementos teleológico y estructural combinan otra serie de

²⁹ El T.S. en su Sentencia 2/1997, de 29 de noviembre, Causa Especial nº. 840/1996, (R.J. 8535\1997), seguida contra cada uno de los integrantes de la Mesa Nacional de H.B. por delito de colaboración con banda armada, hace alusión a este asunto, cuando refiriéndose al terrorismo, sostiene que <<la búsqueda de una definición con relevancia jurídico-penal ha de ser ajena a descripciones teóricas de signo fenomenológico, a categorías analógicas simples, a puras connotaciones políticas o a reduccionismos conceptuales tan abundantes en el campo especulativo>>.

³⁰ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, Espasa-Calpe, Madrid 1992, pág. 1396.

elementos o más bien circunstancias como pueden ser los medios empleados y el resultado producido.

1.- Definiciones de terrorismo que incluyen como único elemento el teleológico o finalístico:

Dentro de este grupo, destaca la definición de Campo Moreno³¹, quien propone denominar terrorismo a la <<violencia social o política dirigida a destruir el orden democrático constitucional>>, expresada en el C.P. como subversión del orden constitucional o la de Martínez-Cardós³² como <<sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror>>. López Garrido y García Arán³³, por su parte, proponen un concepto similar al anterior, <<que lo caracteriza por la realización de actos violentos destinados a crear alarma y perturbación social>> y de forma más amplia Arroyo Zapatero³⁴, alude a <<toda forma de acción política explicitada con medios propios de la criminalidad común>>.

2.- Definiciones que junto a la finalidad política añaden el elemento estructural u organizativo:

Se debe incluir en este grupo como la más significativa, la de Lamarca Pérez³⁵, que propone caracterizar al terrorismo como la <<violencia organizada con finalidad política>>, siendo esta violencia <<delictiva>>, y que además pretende <<subvertir el orden constitucional>>, en similar sentido, García San Pedro³⁶ señala que a efectos

³¹ CAMPO MORENO, J. C. Represión penal..., op. cit., pág. 25.

³² MARTÍNEZ-CARDÓS, L. *El terrorismo: aproximación...*, op. cit., pág. 481.

³³ LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M. El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate Parlamentario, Madrid, 1996, pág. 204.

³⁴ ARROYO ZAPATERO, L. *Terrorismo y sistema...*, op. cit., pág. 155.

³⁵ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 95. Añade, en la pág. 45, como elementos configuradores del terrorismo como categoría criminológica, la violencia como método y el terror como resultado. En LAMARCA PÉREZ, C. *Internacionalización del Derecho Penal y principio de legalidad: el caso Scilingo*, Jurisprudencia aplicada a la práctica, La Ley, nº. 34, enero de 2007, pág. 74, construye esta profesora una definición similar al afirmar que el terrorismo es algo más que infundir terror en la población, ya que es <<un ejercicio de violencia con fines políticos que se exterioriza a través de la realización de delitos comunes (homicidio, lesiones, detenciones)>>.

³⁶ GARCÍA SAN PEDRO, J. Terrorismo: aspectos..., op. cit. En su artículo *Sobre el concepto de terrorismo*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, nº. 2, UNED, Facultad de Derecho, 1992, pág.

penales <<el terrorismo es la actividad delictiva con finalidad política practicada por grupos organizados y armados de carácter terrorista>>, aunque la última parte de la definición parece un tanto tautológica, porque precisamente lo que queremos definir es ese carácter que hace que esos grupos se puedan considerar como terroristas. Hay que señalar que nuestra legislación penal vigente recoge efectivamente, como luego veremos, ambos elementos en la regulación sobre terrorismo.

3.- Definiciones que combinan uno o los dos elementos con otra serie de componentes o de medios comisivos:

Para poder encontrar una definición válida dentro de este grupo, Arroyo Zapatero³⁷ nos da las claves al aseverar que <<puede ensayarse una definición jurídica del problema “terrorismo” conjugando dos elementos. De una parte, los medios empleados y los resultados producidos por los autores de las prácticas terroristas y, de otra, la finalidad que se persigue>>.

Comenzando por un autor clásico, como Cuello Calón³⁸, para el mencionado autor el terrorismo es <<la creación, mediante la ejecución repetida de delitos, de un estado de alarma o de temor en la colectividad o en ciertos grupos sociales, para imponer o favorecer la difusión de determinadas doctrinas sociales o políticas>>, mientras que García Valdés³⁹, se decanta por <<aquella conducta delictiva que, mediante actos de extrema violencia o grave intimidación, y con un fin subversivo, trata

267, propone que el terrorismo es <<el término con el que se ha venido denominando, desde el siglo pasado, a un tipo particular de violencia: la simbólica con finalidad política planificada por grupos organizados y armados, independientemente del mayor o menor acuerdo con el contenido de los elementos que lo componen>>.

³⁷ ARROYO ZAPATERO, L. *Terrorismo y sistema...*, op. cit., pp. 162 y 163. <<La finalidad perseguida no es otra que la de conmover los fundamentos del Estado democrático de Derecho. Así pues, medios empleados y finalidad perseguida han de ser los dos elementos inescindibles de la definición de terrorismo>>.

³⁸ CUELLO CALÓN, E. *Sobre la extradición de los delitos políticos y de los delitos sociales*, en Revista General de Legislación y jurisprudencia, n.º 140, 1922, pág. 481.

³⁹ GARCÍA VALDÉS, C. *La legislación antiterrorista: Derecho vigente y proyectos continuistas*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, n.º 6, 1983, pp. 293 y ss. Esta definición atiende realmente a posiciones más de ámbito sociológico y político que jurídico. Los conceptos que utiliza de extrema violencia o grave intimidación son los que en la doctrina iuspublicista se denominan conceptos jurídicos indeterminados. Más adelante cuando se analicen los elementos teleológicos que deben concurrir en las conductas terroristas se profundizará en la problemática de la utilización de estos conceptos jurídicos indeterminados; ahora únicamente reseñar que la definición que propone este autor es acertada desde enfoques políticos o sociológicos, pero carece de concreción desde una perspectiva jurídica.

de destruir el sistema político democrático empleando, a estos efectos, medios selectivos o catastróficos>> y en una línea semejante Álvarez y Cobos⁴⁰, dicen que las <<conductas de ataque a bienes jurídicos penalmente protegidos con una finalidad, calificada por quien actúa de política... se van a denominar de terrorismo, pues se dice que pretenden sembrar el pánico, como medio coactivo sobre el Estado democrático, para conseguir sus fines, por supuesto antidemocráticos procesal y/o sustancialmente>>. También pertenece a este grupo la definición de Herrero Herrero⁴¹, que es un ejemplo del empleo de criterios más de tipo sociológico o político que jurídico, cuando propone lo que debe <<entenderse por terrorismo: un fenómeno social patológico caracterizado por el uso extremo de la violencia, como medio intimidante y coactivo para las víctimas directas y para el contexto socio-político que los envuelve, con el fin de alcanzar objetivos de carácter revolucionario, pararevolucionario o, simplemente, reaccionario o represivo>>. Para Barbero Santos⁴², los delitos de terrorismo se caracterizan <<por la utilización de medios que pueden causar estragos con el propósito de aterrorizar a un sector de la población con la finalidad de cambiar el sistema socioeconómico imperante>> y para García-Calvo y Montiel⁴³, es <<una actividad planificada que, individualmente o con la cobertura de una organización, con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o de alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido>>.

Rodríguez-Villasante y Prieto⁴⁴ elabora una definición compleja, y aparentemente exhaustiva, como: <<Fenómeno de desviación social violento, que altera la paz pública de un sistema institucionalizado, utilizando medios comisivos capaces de infundir terror y causar un riesgo injusto a la comunidad social... una forma de cometer

⁴⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y COBOS, M. A. *La legislación antiterrorista: una huida hacia el Derecho Penal*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº. 68, primavera 1983, pág. 162. Añaden estos autores que <<los ataques contra bienes jurídicos del Estado o de particulares vinculados a esferas de poder constituyen “delitos de terrorismo”>>.

⁴¹ HERRERO HERRERO, C. Introducción al Nuevo Código Penal, Parte General y Especial, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 429.

⁴² BARBERO SANTOS, M. Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo regulados por el Decreto de 21 de septiembre de 1960, Estudios de Criminología y Derecho Penal, Universidad de Valladolid, 1972, pág. 277.

⁴³ GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, R. *Terrorismo...*, op. cit., pág. 1021.

⁴⁴ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *Colaboración con banda armada, terroristas o rebeldes*, en La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión, Comentarios a la Legislación Penal, Revista de Derecho Público, Tomo XI, Edersa, Madrid, 1990, pág. 138 y 156.

delitos cualificados por el empleo de la violencia grave, sistemática y organizada, que busca –a través del temor y la alarma en la sociedad- un fin político fuera de los cauces institucionales>>, sin olvidar finalmente a Ebile Nsefum⁴⁵ que realiza una enumeración de los elementos o circunstancias que deben concurrir en el terrorismo para considerarlo como tal.

1. El concepto de terrorismo en la jurisprudencia.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, la S.T.C. 199/1987, de 16 de diciembre, (R.T.C.1987\199), afirma que el terrorismo constituye una manifestación delictiva de especial gravedad, que pretende instaurar el terror en la sociedad y alterar el orden constitucional democrático⁴⁶, refiriéndose por lo tanto a la finalidad únicamente, sin hacer mención del elemento asociativo.

Por su parte, el T.S. en la Sentencia 2/1997, de 29 de noviembre, (R.J. 8535\1997)⁴⁷, Causa Especial 840/1996 contra los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, por los delitos de colaboración con banda armada, pertenencia a banda armada y apología del terrorismo, ha ofrecido un concepto de terrorismo encuadrable dentro del segundo grupo clasificatorio, al manifestar que:

<<la fórmula definidora del mismo es la de ser una actividad planificada que individualmente o con la cobertura de una organización, con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o de alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido>>.

⁴⁵ Para este autor <<el concepto de terrorismo exige: 1.- Un acto inicialmente criminal. 2.- El empleo de la violencia, de medios capaces de crear un peligro común. 3.- Un móvil consistente en la creación de un estado de alarma. 4.- Un fin último... que ha de ser político>>. EBILE NSEFUM, J. El delito de terrorismo: Su concepto, Montecorvo, Madrid, 1985, pág. 46.

⁴⁶ En similar sentido y elaborando un análisis de los elementos que configuran el terrorismo, la S.T.C. 89/1993, de 12 de marzo, (R.T.C. 1993\89).

⁴⁷ Realizan un estudio de esta sentencia: GARBÓN LLOBREGAT, J. Código Penal. Interpretación jurisprudencial y legislación complementaria, Bosch, 1999 y JIMÉNEZ VILLAREJO, J., *Dos breves apuntes acerca de la S.T.C. <<caso mesa de H.B.>>*, en Actualidad Jurídica Aranzadi, nº. 496, 1999, pp. 1 a 6.

En esta definición podemos apreciar como para el T.S. las acciones terroristas tienen como objetivo atemorizar a la sociedad, finalidad introducida posteriormente en el art. 577 del C.P. al ampliar el elemento teleológico a la contribución de los fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional y ello dentro del marco de una organización o de manera individual, como las conductas que castiga el referido art. 577 que se realizan al margen de asociación alguna.

En la S.T.S. 2838/1993, de 14 de diciembre, (R.J. 1993/9446), se hace referencia a los dos elementos que tienen que concurrir en los delitos de terrorismo; en primer lugar, el estructural, ya que tiene que haber una agrupación para la acción armada, con una cierta organización con vínculos permanentes o estables, sujetos a una disciplina y jerarquía con el propósito de proyectar acciones indeterminadas pero plurales y con armas y explosivos como medios idóneos y en segundo lugar, el teleológico, en la medida en que las acciones tienen como finalidad provocar la inseguridad o la alarma en la sociedad, mediante la reiteración sistemática y frecuente de las acciones terroristas indiscriminadas.

La A.N. en su Sentencia 28/2000, de 20 de octubre, (R.J. 2001\44379), realiza un interesante y cuidado estudio de los elementos que constituyen el terrorismo y a la vez de su concepto, se cita para ello varios instrumentos internacionales y numerosa jurisprudencia, por lo que esta sentencia se convierte en una útil herramienta por su correcta disposición sistemática.

2. El concepto de terrorismo en los instrumentos jurídicos internacionales.

Por otro lado y por lo que respecta a los instrumentos jurídicos internacionales para buscar una definición del terrorismo, como pone de manifiesto López Garrido⁴⁸,

⁴⁸ LÓPEZ GARRIDO, D. Terrorismo, Política y Derecho, Alianza Editorial, Madrid, 1987, pág. 14. Son también interesantes, los Autos del T.S. de 23 de mayo, (R.J. 2002\4727) y el de 14 de junio, (R.J. 2002\4744), donde se hace un repaso del concepto de terrorismo, a través de estos instrumentos jurídicos internacionales.

comprobaremos que <<no ofrecen prácticamente ninguna definición de qué haya que calificar como terrorista, o, cuando lo hacen, resulta inútil como consecuencia de su contenido pleonástico>>. Así la Conferencia de Varsovia de 1927 nos da uno de los primeros ensayos de enunciación del concepto de terrorismo por parte de un instrumento internacional, al delimitarlo como <<el empleo internacional de cualquier medio capaz de hacer correr un peligro común>>. Definición que es bastante vaga e imprecisa, donde se podrían incluir otros fenómenos delictivos al margen del terrorismo. El Convenio Europeo de 27 de enero de 1977 para la Represión del Terrorismo (Ratificado por España por Instrumento de 9 de mayo de 1980)⁴⁹ no define lo que es el terrorismo aunque en su art. 1º enumera los delitos que a efectos de extradición no se consideran como políticos, y enumera como delitos de terrorismo, a los efectos de extradición entre Estados contratantes, las conductas de: <<c) los delitos graves constituidos por un ataque contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas que tengan derecho a una protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos; d) los delitos que impliquen rapto, toma de rehenes o secuestro arbitrario; e) los delitos que impliquen la utilización de bombas, granadas, cohetes, armas de fuego automáticas, o cartas o paquetes con explosivos ocultos, en los casos en que dicha utilización represente un peligro para las personas; f) la tentativa de comisión de alguno de los delitos anteriormente mencionados o la participación como autor o cómplice de una persona que cometa o intente cometer dicho delitos>>. Según el art. 2º es posible dar igual tratamiento <<a cualquier acto grave de violencia no comprendido en el artículo primero y que esté dirigido contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas>>. Nos encontramos en realidad ante la enumeración de diferentes modalidades de conducta y medios empleados en las mismas, así como del grado de consumación alcanzado; sin perjuicio de la consideración de cualquier acto grave de violencia del art. 2º, en sentido restrictivo, para no exceder el ámbito terrorista.

La Convención de Ginebra de 16 de noviembre de 1987 en su art. 1 nº. 2 dispone, elaborando un concepto de terrorismo que atiende a la finalidad de atentar contra la paz pública, que: <<Se entiende por terrorismo los actos criminales contra el Estado y cuyo fin o naturaleza es la de provocar el terror contra personalidades determinadas, grupos de personas o en el público>>.

⁴⁹ Convenio Europeo de 27 de enero de 1977 para la Represión del Terrorismo, Editorial Colex, 5ª edición, Madrid, 1993.

El Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, de 15 de diciembre de 1997, ratificado por España, señala que <<comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e internacionalmente entrega, coloca, arroja, o detona un artefacto o sustancia explosiva u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales; o b) con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un grave perjuicio económico>> persiguiendo además la tentativa, la participación como cómplice, la del organizador o director y también la del sujeto que contribuya de cualquier otro modo a la comisión de los referidos delitos. Combina, por lo tanto, diferentes conductas con su consecuente resultado, pero sin elaborar ninguna definición de qué sea el terrorismo.

Después de los atentados terroristas en los Estados Unidos de Norteamérica, la Propuesta de Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, aprobada el 7 de diciembre de 2001, establece que <<todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional>> y que consistan en: <<a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) atentados graves contra la integridad física de una persona, c) secuestro o toma de rehenes; e) destrucciones masivas>>.

La Posición Común del Consejo de la Unión Europea sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, de 27 de diciembre de 2001, establece que a efectos de la misma <<se entenderá por acto terrorista el acto intencionado que, por su naturaleza o su contexto, pueda perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional, tipificado como delito según el derecho nacional>>, que consista en: << i. Intimidar gravemente a una población; ii. Obligar indebidamente a los gobiernos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlos; iii. o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional. a) atentados contra la vida de una persona que puedan

causar la muerte; b) atentados contra la integridad física de una persona; c) secuestro o toma de rehenes; d) causar destrucciones masivas a un gobierno o a instalaciones públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas de información, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos, o propiedades privadas que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico; e) apoderamiento de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías; f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas; g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; h) perturbación e interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; j) amenaza de llevar a cabo cualquiera de las acciones enumeradas en las letras a) a h); j) dirección de un grupo terrorista; k) participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el suministro de información o medios materiales, o mediante cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo >>. Una vez más se renuncia a una definición del terrorismo, para simplemente realizar una enumeración de conductas y de medios utilizados por los terroristas, elaborándose de forma casuística, pero tal vez adecuada al propósito de no dejar al margen ninguna posible conducta sin tipificar.

De lo analizado hasta ahora, parece que el terrorismo es un concepto, además de jurídico, histórico y político, que posee múltiples significados debido a su utilización por diversos sectores como elemento de propaganda o para conmover los sentimientos sociales; que aunque como <<violencia política organizada institucionalizada, es seguramente tan antigua como la propia organización estatal y no siempre ha merecido un tratamiento jurídico específico ni, desde luego, una denominación uniforme,... es un fenómeno propio del mundo contemporáneo que aparece íntimamente vinculado a las contradicciones políticas y sociales del sistema liberal>>⁵⁰. En este sentido Bueno

⁵⁰ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 98. En la pág. 100 mantiene esta autora que <<el origen de la delincuencia terrorista suele sin embargo situarse generalmente hacia finales del siglo XIX y principios del XX cuando una ola sistemática de atentados políticos, con utilización preferente de los explosivos, se produce en casi todo el mundo, vinculándose sobre todo al anarquismo que emprende la lucha violenta contra el Estado>>. Para GARZÓN REAL, B. *La nueva legislación...*, op.

Arús⁵¹, apunta que el término terrorismo aparece en la historia, adquiriendo su significación actual, durante el gobierno del Comité de Salud Pública dirigido por Robespierre y Saint-Just (1791-1794), periodo que se conoce con el nombre del terror (La Terreur); y para García San Pedro⁵² <<el término “terrorisme” surge por primera vez en el suplemento del Diccionario de la Academia Francesa con referencia al periodo en que los componentes del Comité de Salud Pública, presionados por la invasión extranjera y la guerra civil, y con la cobertura ideológica de Montesquieu y Rousseau y la creencia en la capacidad de la violencia para generar procesos políticos, trata de consolidar los logros de la Revolución, implantando un “reinado del terror”>>, es decir, <<se inicia con el ascenso al poder de los jacobinos>>⁵³, opinión que es matizable, pero debiendo quedar claro que se refiere a un terrorismo no institucional. Lamarca Pérez⁵⁴, asimismo y desde un punto de vista filológico, sitúa el nacimiento de los términos terrorismo y terrorista, del latín “terrere” durante el periodo que sigue a la caída de Robespierre para referirse a la política del terror de los años 1791 a 1794, y de este origen, es factible deducir su vinculación a la violencia política y al terrorismo de Estado, que se ejerce desde el poder, pero desde un poder inestable, tratándose de un periodo revolucionario en el que el poder no es regular, en el que el Estado no funciona regularmente, siendo tiempos de revolución, más que de guerra, aunque sea una revolución desde el poder.

Actualmente, no cabe duda, de que el terrorismo es un problema mundial de gran importancia, de hecho está en auge en casi todas las zonas geográficas del planeta y, por lo que respecta a Europa, donde parecía ser un fenómeno en decadencia, salvo en España, ha tomado vigencia a raíz de las amenazas y atentados, provenientes del terrorismo de tipo fundamentalista o integrista. En lo que se refiere a España, el terrorismo tiene un resurgimiento -el anterior fenómeno de terrorismo fue el anarquista- en la década de los sesenta coincidiendo con lo que algunos autores denominan como una nueva fase en el empleo del terrorismo contemporáneo⁵⁵ y creemos que como

cit., pág. 333, el terrorismo es un <<fenómeno que aparece con el nacimiento del Estado liberal, y frente al cual la mayoría de los Estados no ha sabido dar una respuesta coherente, uniforme y eficaz>>.

⁵¹ BUENO ARÚS, F. Aspectos jurídicos..., op. cit., pág. 52.

⁵² GARCÍA SAN PEDRO, J. *Sobre el concepto*..., op. cit., pág. 241.

⁵³ GARCÍA SAN PEDRO, J. Terrorismo: aspectos..., op. cit., pág. 4.

⁵⁴ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 32.

⁵⁵ GARCÍA SAN PEDRO, J. Terrorismo: aspectos..., op. cit., pág. 91. En expresión de este autor, <<a finales de los años sesenta comienza una nueva fase en el empleo del terrorismo en las sociedades democráticas occidentales, y que es denominada como terrorismo contemporáneo>>.

respuesta al ya entonces decadente régimen del general Franco. La persistencia y virulencia del fenómeno terrorista en los últimos treinta años, ha originado en nuestra sociedad el sentimiento de ser considerado como uno de los más graves problemas que tiene planteado el Estado, por su vinculación con el poder, con el independentismo nacionalista o con la resistencia política y por la captación a las causas terroristas de sectores sociales desfavorecidos que creen que la sociedad democrática no sabe o no puede garantizar las libertades materiales y los derechos básicos para el desarrollo personal y social⁵⁶, provocando todo ello, y principalmente el elevado número de víctimas causadas desde sus inicios en la década de los sesenta del pasado siglo (sólo E.T.A. a matado a 900 personas y herido a dos millares), un sentimiento de rechazo social generalizado, particularmente en el entorno de un sector de las víctimas del terrorismo y de parte de las organizaciones en las que se han constituido, constatado en las manifestaciones multitudinarias en contra de una posible negociación con E.T.A. ante el último alto el fuego permanente, que trágicamente finalizó con el atentado en la zona de aparcamiento de vehículos de la T-4 del aeropuerto de Madrid-Barajas, rompiendo un periodo de casi tres años y medio sin víctimas mortales por parte de esta organización terrorista y el posterior y paradójico comunicado de la banda terrorista en el que anunciaba que continuaba el alto el fuego permanente.

Entendemos que la sociedad española se encuentra dividida a la hora de decantarse sobre la vía a seguir en la lucha antiterrorista; un bloque importante lo integrarían los partidarios de la negociación política, sin perjuicio de la persecución penal a través de los medios legales del Estado de Derecho, y que estaría constituida en el campo político por todos los partidos democráticos a excepción del Partido Popular, y otro el que formarían los partidarios de la solución policial y de persecución penal de los terroristas, sin tener contacto político o diálogo con los mismos, que abanderaría esta formación política y parte de las organizaciones de víctimas del terrorismo. Esta división escenificada en varias ocasiones incluso en el Parlamento español, lleva consigo un debilitamiento claro de las fuerzas democráticas en la lucha contra el

⁵⁶ GARZÓN REAL, B. *La nueva legislación...*, op. cit., pág. 333, asegura que el terrorismo <<es el problema más grave y perturbador de la convivencia y sistema democráticos... en tanto en cuanto ataca a las propias instituciones y procura obtener sus fines políticos por medio de la violencia, en forma organizada y respondiendo a unas coordenadas preestablecidas, y causando la perturbación y alarma social en un grupo más o menos amplio de ciudadanos... atacando directamente a la estabilidad del estado social y de Derecho>>.

terrorismo, que pasa fundamentalmente por la unidad de todas las fuerzas políticas y sociales democráticas en la determinación de un objetivo común que es poner fin a un fenómeno que en Europa está asociado al pasado siglo con todos los avatares que eso supuso.

Pero con el comienzo del nuevo siglo esta afirmación no es del todo válida, en la medida en que ha aparecido de manera trágica un nuevo fenómeno terrorista con los atentados integristas o fundamentalistas contra países occidentales, como los perpetrados en Nueva York el 11 de septiembre de 2001, en Madrid el 11 de marzo de 2004 y en Londres el 7 de julio de 2005, lo que ha provocado que nos encontremos ante un reto sin precedentes que ha llevado a la opinión pública de estos países y a sus gobernantes, a considerar al terrorismo de este tipo, como una amenaza de la misma entidad o incluso superior que cualquier guerra abierta o declarada⁵⁷, piénsese en los atentados en el extranjero contra ciudadanos o intereses de estos países occidentales, casi imposibles de combatir en un mundo globalizado donde los viajes de ciudadanos por todo el mundo son cada vez más frecuentes lo que provoca la vulnerabilidad de los mismos, al encontrarse en un territorio no nacional, donde no pueden ser protegidos por sus propias fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, sino que tienen que confiar su propia seguridad a las instituciones del país donde se hospedan o incluso residen, así como sus propios intereses y los de su país en ese Estado extranjero, unido todo ello a la vulnerabilidad de los medios de transporte sobre todo los aéreos y que son imprescindibles en las sociedades modernas.

Las consecuencias de este último fenómeno terrorista, -que se nutre según, se ha señalado, entre otras cosas, de la necesidad social y económica de los ciudadanos de países con religión islámica, del fanatismo religioso de sus creyentes, de una tergiversación de las doctrinas y enseñanzas del Corán, y de los odios que despierta la política, en relación con la causa y el conflicto palestino, de ciertos países occidentales, comandados por los Estados Unidos de Norteamérica, por su apoyo al Estado de Israel, acentuados por el actual conflicto en Iraq-, están todavía por determinar, pero apuntan, no sólo a consecuencias económicas impredecibles, sino también a un posible choque entre culturas o sociedades, no civilizaciones, ya que esta es única, y a cambios de tipo

⁵⁷ Vid. MORENO CATENA, V. *El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa*, en Terrorismo y proceso penal acusatorio, VV. AA., Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 369 a 398.

sociológico a nivel global, dentro de estas sociedades occidentales⁵⁸. La solución⁵⁹ pasa por el combate contra este fenómeno terrorista por vías democráticas a través de la persecución policial y judicial que nos ofrece el Estado de Derecho y, con igual importancia o más, el diálogo y apoyo político, social y económico a los países oriundos y a las instituciones religiosas de donde se nutren estas organizaciones terroristas para reclutar a sus miembros, que cegados por el fanatismo religioso y el odio a la forma de vida y a la cultura de occidente, así como su religión, no dudan en ofrecer sus vidas para morir como mártires por una causa que creen justa y que se ajusta a sus creencias religiosas.

3. El concepto de terrorismo en la legislación penal.

La legislación antiterrorista se encuentra recogida fundamentalmente, como quedó de manifiesto anteriormente, en el C.P. de 1995 y en la L.E.Cr. El legislador, en la actualidad, ha optado por incluir los delitos de terrorismo en el C.P. y no en una ley especial, manteniendo su *nomen iuris* como ya ocurriera con la L. O. 3/1988, de 25 de mayo, que reformaba del C.P., empleando para tipificar estas conductas una sistemática que comprende dos títulos diferentes del Libro II, el Título XXI <<Delitos contra la Constitución>>, Capítulo IV, Sección 1ª <<De los delitos cometidos con ocasión de ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la

⁵⁸ Expone GARCÍA RIVAS, N. *La tipificación <<europea>> del delito terrorista en la decisión marco de 2002: análisis y perspectivas*, en Revista General de Derecho Penal, nº. 4, noviembre de 2005, pág. 7, que: <<Los grupos terroristas nacidos a lo largo del siglo XX se caracterizaban por su fuerte componente ideológico, ya fuera separatista (como ETA o IRA) o revolucionario marxista (como Brigadas Rojas o Baader-Meinhof). Por el contrario, el terrorismo islamista no reivindica un programa político alternativo para gobernar los Estados Unidos, España o Gran Bretaña, es decir, se trata de un terrorismo *difuso*, en el sentido ideológico. Su único interés o intención consiste en infundir el temor en la población como método para adquirir presencia pública y convertirse, de ese modo, en “actor político”>>.

CASTRESANA FERNÁNDEZ, C. <<Guerra al terror>> y derecho, en Jueces para la Democracia, nº. 43, marzo de 2002, pp. 3 a 10.

⁵⁹ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J. *In-seguridad y lucha contra el terrorismo*, en El Derecho ante la globalización y el terrorismo, Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo, abril 2003, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág. 410. Reproducimos aquí lo afirmado por este autor por su acierto e importancia, aun con el riesgo de extendernos demasiado: <<la lucha contra el terrorismo es más bien la lucha contra el Derecho penal del Estado. De algún modo es la vuelta... a la inseguridad, pues la mayor inseguridad surge de la falta de límites al poder estatal, a la arbitrariedad de la autoridad. El poder posibilita el desarrollo de la libertad, la igualdad y la justicia, en la medida que está sujeto a ciertos límites, en caso contrario significa la involución de tales principios básicos para la convivencia social. La seguridad requiere un poder, pero un poder con límites... Imponer la falsa creencia en que la brutalidad penal es la base de la seguridad, es implantar en el imaginario social que la represión, el terror, es la manera para lograr el desarrollo de las libertades, la igualdad y la justicia. Con ello es el fin del Derecho... y por consiguiente el puro dominio de la fuerza y el terror>>.

Constitución>>, en el que se incrimina la estructura orgánica para cometer acciones terroristas, arts. 515.2 y 516 y el Título XXII <<Delitos contra el orden público>>⁶⁰, Capítulo V, Sección 2ª <<De los delitos de terrorismo>>, arts. 571 a 580 que tipifican las conductas terroristas.

En el primer caso, el ordinal segundo del art. 515, asimila las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a las asociaciones ilícitas⁶¹ y el art. 516 se limita a fijar las penas correspondientes. Los arts. 571 y ss. del C.P., por su parte, se refieren a las conductas delictivas concretas que realizan las bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. A tenor de lo previsto, dos parecen ser los elementos que permiten individualizar este tipo de delitos -el estructural u organizativo y el teleológico o finalístico- por lo que las acciones delictivas que se realicen dentro de una de estas asociaciones y con una de esas finalidades son declaradas terroristas. Sin embargo, hay una excepción, el art. 577, que regula el llamado terrorismo individual, el realizado al margen de asociación terrorista, en el que además se añade otra aparente nueva finalidad, <<la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional>>, pero que en definitiva, y como se explicará en su momento cuando analicemos esta figura del terrorismo individual, son las mismas finalidades clásicas pero con diferente dicción o ampliadas para poder sancionar como terrorismo determinados hechos que hasta ahora no podían ser considerados como tales y tenían que ser sancionados por los tipos comunes por falta de pruebas, al no poder quedar acreditada la integración en una entidad asociativa o la finalidad terrorista.

En principio estamos en disposición de afirmar que estos dos elementos, a los que nos hemos referido, el estructural u organizativo y el teleológico o finalístico, de significado claramente político, son los que diferencian este tipo de delitos del resto de delitos violentos que no se configuran como de terrorismo por estos concretos

⁶⁰ Para su estudio en profundidad: GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *Crítica de la política penal de orden público*, en Cuadernos de Política Criminal, Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, n.º. 16, 1982, pp. 49 a 92.

⁶¹ Establece este artículo que: <<Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 2.º Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas>>.

elementos del tipo⁶². Elementos que ha querido el legislador que se constituyan como tales por ser en principio los que más se ajustan a la realidad, tanto desde una perspectiva dogmática -en su concepto- como desde la efectiva ejecución de estos actos en la práctica, ya que se vienen realizando con alguna de estas finalidades y en el seno de una asociación estructurada para delinquir. En este contexto, el problema de las acciones individuales es lo que provoca una fuerte distorsión, tanto legislativa como dogmática de este fenómeno, pudiendo conducir a una relativa confusión conceptual, por lo que realizaremos un análisis específico de este fenómeno; avanzando que, calificar como terrorismo ciertos actos que carecen de una estructura asociativa y de difusa finalidad no es, sin embargo a nuestro juicio, óbice para configurar el concepto del mismo desde la base de estos dos componentes, ya que la excepción no debe imponerse a la regla general. Entramos, por lo tanto, a analizar detenidamente estos dos elementos que según la legislación penal conforman la definición de terrorismo⁶³ y que son fundamentales para poder conseguir el objetivo de definir y delimitar lo que sea terrorismo, para dotarnos de un concepto del mismo útil desde una perspectiva legal para que el operador jurídico y el propio justiciable sepan en todo momento el alcance de una conducta delictiva que se mueva en este ámbito, cumpliendo así con los principios de taxatividad de las normas penales y de seguridad jurídica que son fundamentales en un estado social y democrático de Derecho.

II. Elemento teleológico.

El elemento teleológico lo conforma el Código Penal de 1995 configurando los tipos penales de terrorismo exigiendo que la conducta delictiva se realice con una determinada finalidad⁶⁴ que debe ser necesariamente la del sujeto organización que es la

⁶² Por toda la doctrina LAMARCA PÉREZ, C. *Internacionalización del Derecho Penal...*, op. cit., pág. 74, afirma que <<... el elemento teleológico, es decir la finalidad política, elemento que nos permite distinguir el terrorismo del que pudiéramos llamar crimen organizado común... el elemento estructural, esto es la existencia de una auténtica asociación ilícita, de una organización perfectamente estructurada y jerarquizada que se presenta como un auténtico contra ordenamiento estatal y que nos permite también diferenciar el terrorismo de otras manifestaciones políticas que utilizan una violencia espontánea o no organizada>>.

⁶³ Se podría añadir un tercer elemento, que se ha venido en llamar instrumental, que consistiría en la comisión de los delitos comunes tipificados en otros artículos del C.P., pero al no hacer el legislador expresa referencia a este elemento hay que deducirlo de la configuración de los tipos penales, por lo que no lo estudiaremos independientemente, sino que se analizará dentro de las diferentes conductas típicas.

⁶⁴ GUTIÉRREZ LANZA, G. *Notas sobre los delitos de terrorismo*, en Revista Española de Derecho Militar, n.º. 29, enero-junio de 1975, pp. 35 a 113, afirma que <<el grupo u organización ha de tener una

asociación terrorista y no la del miembro de esa organización que es el autor de los hechos delictivos, lo que desde el punto de vista de la estructura del tipo requiere la presencia de un elemento subjetivo del injusto o del tipo que ha de ser abarcado en cada caso concreto por el dolo del autor, ya que conoce y quiere la finalidad de la asociación ilícita, de manera que la conducta delictiva específica debe ir finalísticamente encaminada a subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública⁶⁵, siendo esta finalidad, como ha indicado Muñoz Conde⁶⁶, <<doble y alternativa y no de forma cumulativa que hace referencia a los aspectos políticos y sociales que presenta el fenómeno terrorista>>. El elemento teleológico, por consiguiente, es un criterio básico para definir el terrorismo e imprescindible para que se puedan aplicar estos tipos delictivos, por lo que las conductas delictivas desprovistas de esta finalidad son únicamente subsumibles en los tipos comunes, de ello se infiere que, en principio, cabe calificar como delitos terroristas, en nuestra legislación vigente, aquellos que persigan alterar gravemente la paz pública o subvertir el orden constitucional.

Como se ha apuntado, estas dos finalidades deben concurrir de forma alternativa y no cumulativa, aunque en la práctica se pueden encontrar tanto unidas como separadas, siendo la finalidad de subvertir el orden constitucional claramente política, y la de alterar gravemente la paz pública conlleva, como se comprobará en su momento, que no se pueda distinguir algunos delitos comunes, como los desórdenes públicos, con los de terrorismo. Lo que nos permite esta primera finalidad, ya que la segunda parece que no, es deslindar este tipo de otros supuestos que consisten en acciones de simple violencia organizada que no persiguen fines o no alcanzan resultados

especial razón de ser finalista como requisito tipológico>>. Finalidad que como constatamos ya se requería en anteriores regulaciones.

⁶⁵ LAMARCA PÉREZ, C., *Delitos contra el orden público*, en LAMARCA PÉREZ, C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Colex, Madrid, 2004, pp. 686 a 688, para esta profesora: <<Todos los tipos penales de terrorismo previstos en el C.P. de 1995 exigen que la conducta delictiva se realice con una determinada finalidad, es decir la estructura típica requiere la presencia de un elemento subjetivo del injusto que ha de ser abarcado por el dolo del autor de modo que la conducta delictiva concreta (homicidio, secuestro, etc.) debe ir finalísticamente encaminada a subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública). Igualmente VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. Nuevo Código Penal Comentado, Edersa, Madrid, 1996, pág. 695. POLAINO NAVARRETE, M. *Delitos de terrorismo*, en COBO DEL ROSAL, M., Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 906. PRATS CANUT, J.M. *De los delitos de terrorismo*, en QUINTERO OLIVARES, G., Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 1622.

⁶⁶ MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial, Universidad de Sevilla, 1976, pág. 615 y en Derecho Penal, Parte Especial, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pp. 777 a 787. Se refiere este profesor a que con la concurrencia de una sola de las finalidades se cumple con el elemento subjetivo del injusto y no es necesario que el dolo del autor abarque ambas finalidades para que se puedan aplicar los tipos de terrorismo, es decir, que se den de forma coetánea ambos elementos teleológicos.

políticos (asociaciones ilícitas comunes) o de otras conductas con finalidad política que utilizan la violencia espontánea o no organizada con mayor o menor trascendencia penal⁶⁷. Pero es importante señalar que estos dos objetivos que persigue el sujeto activo del delito, en la práctica, van indisolublemente asociados, máxime si pensamos que cualquier acción de tipo terrorista, como por ejemplo estragos, lleva consigo que se altere gravemente la paz pública aunque el sujeto con ella sólo pretendiese subvertir el ordenamiento constitucional y sucedería lo mismo en un delito contra la vida, ideado por el autor como un medio para subvertir ese ordenamiento constitucional, igualmente la acción altera la paz pública, aunque no buscase de propósito ese resultado. Lo que nos conduce a plantearnos que esa alteración, como comprobaremos, es un resultado del delito, más que un objetivo en sí mismo y que suele ir ligado a tal, precisamente por esa naturaleza que tiene. El legislador ha establecido que cuando un delito persiga o provoque una de estas circunstancias se califique como de terrorismo, pero no por motivos dogmáticos, sino prácticos, para que todas las acciones queden castigadas de forma agravada, que es en definitiva la mayor consecuencia jurídica de tal regulación.

La jurisprudencia, basta citar entre otras, las SS.T.S. de 8 de mayo de 1993, (R.J. 1993\3770); de 12 de junio de 1989, (R.J. 1989\5084); de 17 de marzo de 1989, (R.J. 1989\2691); de 24 de octubre de 1987, (R.J. 1987\7595); de 21 de mayo de 1987, (R.J. 1987\2585), se ha manifestado sobre este elemento teleológico, cuyos aspectos más importantes reseñamos a continuación.

La Sentencia de 8 de mayo de 1993, (R.J. 1993\3770), nos aclara sobre el fin último del sujeto que realiza el tipo, siendo preciso tener en cuenta la acción que ejecuta conjuntamente con el resultado producido, lo que efectivamente es una *conditio sine qua non* en la aplicación de estos preceptos, en la medida en que la finalidad es lo que nos va a permitir su distinción con otras figuras, si el legislador conforma el elemento teleológico de manera difusa, en el sentido de no poderse diferenciar completamente, por ejemplo, con las finalidades de los delitos de desórdenes públicos, provoca una zona de solapamiento en los tipos con la consecuente inseguridad jurídica:

⁶⁷ En este sentido, *vid.* LAMARCA PÉREZ, C. *Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia, fascículo II, tomo XLVI, mayo-agosto de 1993, pp. 535 a 559.

<<la finalidad específica de “atentar contra la paz pública”, elemento “teleológico” que, en cuanto a lo “subjetivo”, afecta a la “culpabilidad” y actúa con un dolo finalístico o tendencial, reduplicado en cuanto se superpone o añade a la “conciencia” de la actividad que desarrolla el sujeto, elemento configurado doctrinalmente como de “tendencia interna intensificada” o con tendencia trascendente o de intención- al decir de la S. 30-4-1987, (R.J. 1987\3045), porque en dichas infracciones sin buscar un resultado que esté más allá de la acción típica, sin embargo, realiza ésta confiriéndole un sentido subjetivo específico, es decir, la acción en estos delitos produce un resultado que no permite conocer cuál era la última intención de su autor. Elemento que, asimismo, en cuanto integrante del “tipo”, atañe a la “antijuridicidad”, siendo esencial en la determinación de dicho elemento de la conducta el tener en cuenta la actitud anímica que el sujeto ha unido a ella y que consecuentemente se refleja en el tipo, debiendo tenerse en consideración para realizar el reproche social no sólo el resultado material producido, sino también el porqué del mismo, es decir, sus motivaciones>>.

Es preciso, por lo tanto, que quede la finalidad perfectamente delimitada para observar así escrupulosamente el principio de taxatividad de las normas penales, ya que de lo contrario habría conductas que siendo en puridad de desórdenes públicos podrían subsumirse en los tipos de terrorismo, quedando a criterio del juzgador qué conductas son de terrorismo y qué conductas son de desórdenes públicos, lo que sería extremadamente peligroso.

En la Sentencia de 12 de junio de 1989, (R.J. 1989\5084), se argumenta en el mismo sentido de la doctrina científica, ya que nos encontramos ante delitos de tendencia interna intensificada, donde el sujeto activo ejecuta los actos típicos con una especial finalidad, al margen de que éste haya actuado por otro tipo de motivaciones, ya que, a nuestro entender, lo que determina la aplicación de estas sanciones agravadas en los delitos de terrorismo es el objetivo de carácter político de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública:

<<el fin de atentar contra la paz pública elemento subjetivo del injusto que configura el tipo legal... como de “tendencia interna intensificada”, denominación utilizada por la doctrina para caracterizar aquellos delitos en que el autor no buscando un resultado ilícito que esté más allá de las acciones típicas, realiza éstas confiriéndoles un especial sentido subjetivo. Adquiere, pues, relevancia la actitud anímica inmediata de los sujetos, con independencia de que en su fuero interno se acumulen cualesquiera motivaciones que hayan actuado como impulsoras o determinantes de su comportamiento, y que pudieran ofrecerse como más atendibles>>.

Estamos de acuerdo con esto último que afirma el T.S., el operador jurídico a la hora de averiguar la finalidad del sujeto que ha llevado a cabo una acción terrorista debe plantearse que la misma es la que quiere el sujeto organización, es decir, subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, finalidad que debe conocer el sujeto terrorista y debe ser abarcada por su dolo, por lo que, una vez probado esto, el juzgador no debe entrar en otras consideraciones sobre distintas motivaciones que hayan llevado al sujeto terrorista a actuar o a pretender alcanzar otros objetivos, como puedan ser el odio o la venganza; un ejemplo nos puede servir de ilustración, como el terrorista de signo fundamentalista o integrista que efectivamente actúa para alterar gravemente la paz pública, pero que como sabemos puede hacerlo guiado por otros múltiples motivos, de tipo religioso, cultural o incluso de venganza contra la sociedad occidental.

La Sentencia de 24 de octubre de 1987, (R.J. 1987\7595), afirma que la alteración grave de la paz pública es la finalidad y el instrumento para alcanzar los objetivos ilegales que pretende el sujeto activo, es decir, es en si misma, un medio necesario y a la vez un resultado que es perseguido por el mismo:

<<no importando que con el fin próximo antedicho, coexista o subyazca otro remoto al que obedezca la actitud del grupo, sin que logre desvanecer o eclipsar el objetivo próximo de turbar la paz pública, turbación que, además de constituir una finalidad en sí misma, es medio de alcanzar u obtener, fuera de los cauces legales, la pretensión, exteriorizada o soterrada, según los casos, de los actuantes>>.

En esta sentencia el T.S. además de referirse a la alteración grave de la paz pública como una finalidad y un medio para alcanzar sus objetivos el sujeto activo, debía haber descrito la misma como un resultado unido frecuentemente a este tipo de acciones. Piénsese que en la casi totalidad de los actos terroristas, se altera la paz pública de forma grave, independientemente de que ésta sea la finalidad mediata o inmediata del autor, es decir, aunque sólo tenga el fin de subvertir el orden constitucional, produce esta alteración por su conducta extremadamente lesiva.

De la misma manera la A.N., como en su Sentencia 30/2000, de 5 de junio, (R.J. 2000\268555), utiliza la denominación antes reseñada de elemento subjetivo del injusto, que configura el tipo legal de tendencia interna intensificada, para referirse a los delitos en que el autor realiza las acciones típicas confiriéndoles un especial sentido

subjetivo que queda abarcado por su dolo, para lo cual los actos deben de ejecutarse con el ánimo específico de buscar la subversión del orden constitucional o la alteración de la paz pública, al indicar que:

<<respecto al delito de terrorismo, aunque no exista un concepto jurídico unánime, habiéndose buscado sus notas características desde diferentes posiciones, bien sociológicas, o a través del carácter organizado de este tipo de delincuencia, mayoritariamente se ha ido abriendo paso en la doctrina el que, para caracterizar un acto delictivo como terrorista, se requiere un elemento teleológico, consistente en un afán por desestabilizar el sistema social y las bases sobre las que se asienta. Este elemento teleológico ha sido recogido por el legislador del Código Penal de 1995, que ha establecido, de modo expreso, que tanto la banda armada, u organización terrorista, como el terrorista individual, contemplado en el art. 577 del Código Penal, que se define por su no pertenencia a bandas armadas u organización terrorista, deben perseguir la finalidad de “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública” (arts. 571 y 577)>>.

Podemos comprobar que es doctrina prácticamente unánime, tanto en la jurisprudencia como por parte de los tratadistas, que estamos ante auténticos elementos subjetivos del injusto o del tipo de tendencia interna intensificada, en los que el autor realiza las acciones típicas con el ánimo específico de buscar la subversión del orden constitucional o la alteración de la paz pública, confiriéndoles un especial sentido subjetivo que queda abarcado por su dolo, aunque siendo algo distinto. Y por lo que respecta a éste, no es una modalidad de la reprochabilidad, ni un elemento de la culpabilidad, sino que, al igual que los elementos subjetivos del tipo, pertenece al injusto. En estos delitos se trata de que el sujeto activo tenga conocimiento y voluntad de matar o de secuestrar con dolo de matar o de secuestrar, es decir, conocimiento y voluntad de ejecutar el hecho típico con la finalidad específica de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, por lo que es un elemento subjetivo del injusto, que ha de ser abarcado por el dolo del autor⁶⁸, siendo la acción delictiva concreta -estrágos, incendios, homicidio, lesiones, secuestro...- un medio para conseguir un fin. Si no se tiene este dolo, no hay delito de terrorismo, ya que si no se realizan las acciones con este fin no se pueden calificar como terroristas y habría que subsumirlas en

⁶⁸ LAMARCA PÉREZ, C., *Delitos contra...*, op. cit., pp. 686 a 688. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Nuevo Código Penal...*, op. cit., pág. 695. POLAINO NAVARRETE, M. *Delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 906. PRATS CANUT, J.M. *De los delitos...*, op. cit., pág. 1622. Como señalamos más arriba, para estos autores constituye un auténtico elemento subjetivo del injusto o un tipo legal de tendencia interna intensificada, que ha de ser abarcado por el dolo del autor, y que se concreta en que la conducta delictiva tiene que tener como finalidad subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

los tipos comunes, por muy graves que fuesen, ya que no nos movemos en el ámbito de la gravedad del delito, sino que lo hacemos en el de la finalidad. Como hemos afirmado ut supra, los tipos penales de terrorismo exigen que la conducta delictiva -estragos, incendios, homicidio, lesiones, secuestro...- se realice con una determinada finalidad encaminada a subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, o lo que es igual, su materialidad contiene los elementos típicos de las infracciones referidas, no apareciendo el acontecimiento externo por si solo como susceptible de ser calificado como contrario a las normas antiterroristas, debiéndose ejecutar para lograr estas específicas finalidades de los autores, por lo que adopta el C.P. de 1995, en opinión de la doctrina, la tesis subjetiva para tipificar los delitos de terrorismo⁶⁹.

En todo caso, este elemento finalístico no debe presumirse, sino que debe probarse, como señalan las SS.T.S., de 25 de febrero de 1987, (R.J. 1987\2252); 6 de febrero de 1989, (R.J. 1989\1480); y 12 de junio de 1989, (R.J. 1989\5096), aspecto que nos parece fundamental ya que cualquier acción violenta no podemos calificarla como de terrorismo por el simple hecho de quién sea su autor, ya que estaríamos ante el Derecho penal de autor que está totalmente desterrado en nuestro sistema jurídico; aunque si bien es cierto que las circunstancias en las que se ha producido el delito, así como la identidad del autor son indicios racionales en la investigación para poder orientarla a determinar si nos movemos en el ámbito de una acción terrorista o de un delito no terrorista. En concreto, la primera de las Sentencias citadas, al referirse al fin de atentar contra la paz pública, mantiene que:

«esta finalidad- verdadero elemento subjetivo del injusto- configura el tipo legal de desórdenes públicos como de “tendencia interna intensificada”, denominación utilizada por la doctrina para caracterizar aquellos delitos en que el autor, no buscando un resultado ilícito que esté más allá de las actuaciones típicas, realiza estas confiriéndoles un especial sentido subjetivo. No basta, pues, que se altere

⁶⁹ GARCÍA SAN PEDRO, J. *Delitos contra el orden público*, en Cuadernos de la Guardia Civil, nº. 15, Centro de Publicaciones del Ministerio del Interior, 1996, pp. 463 a 465. «El art. 571 se refiere a delitos cometidos por personas relacionadas con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, y el art. 572 a delitos cometidos por personas relacionadas con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior, de donde parece deducirse que bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas son aquellos que tengan por finalidad alguna de las enunciadas. Sin embargo, si esto fuera así, la dificultad para ubicar la hipótesis de un grupo que realizase actos de violencia con la finalidad de alterar la paz pública, bien en el art. 577, o bien en alguno de los que tratamos ahora, sería extrema, pues dependería únicamente de la gravedad de la alteración pretendida y, más aún, el art. 574 sería tautológico, puesto que incluiría dos veces el elemento finalista, una expresamente y otra en el término “terroristas”>>. También compartiendo esta afirmación, POLAINO NAVARRETE, M. *Delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 906.

el orden... sino que es preciso que dicha alteración, mediante esas u otras de las formas comisivas que se prevén en la definición legal, se provoque con el ánimo específico de alterar la paz pública. Y no cabe argüir... que la alteración de la paz es, en todo caso, intencionada en cuanto consecuencia accesoria del mismo acto... perturbador del orden, ya que, de un lado, la mencionada alteración de la paz se imputaría, de aceptar este planteamiento, a título de dolo directo de segundo grado, modalidad de dolo lógicamente incompatible con un tipo delictivo que hemos caracterizado como de tendencia interna intensificada>>.

Con el estudio de estas sentencias se fortalece la tesis de que no es factible establecer una presunción de concurrencia del elemento finalístico, en los actos que se pueden calificar a priori como terroristas, por el solo hecho de que cuando una infracción lesiona el modelo de convivencia⁷⁰ o las instituciones implique ya, que se verifica el elemento teleológico, si ello fuese así se podrían calificar como delitos con finalidad política muchos ilícitos penales que no tienen ese propósito, por el simple hecho de provocar una alteración en la paz pública. Situación que podría darse con ciertos delitos tipificados en el Título XIII del Libro II del C. P. de 1995, <<Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico>>, que cuando afectan a un gran grupo de personas, pueden provocar una alteración en la paz pública -en el sentido de orden público y seguridad ciudadana- pero carecen de este elemento teleológico, porque la finalidad de los autores no es producir este resultado de alterar la paz pública, sino lucrarse de manera ilícita, ya que, como dicen la sentencias citadas, si del acto presumimos que la alteración es intencionada, estaríamos imputándola a título de dolo directo de segundo grado, modalidad incompatible con los delitos de tendencia interna intensificada, en los que, como ya sabemos, el autor realiza el acto confiriéndole un especial sentido subjetivo aunque no busca un resultado ilícito más allá de las actuaciones típicas.

Para que una acción sea subsumible en los tipos de terrorismo debe verificarse la concreta lesión de uno de los bienes jurídicos protegidos –ordenamiento constitucional o paz pública- lo que plantea cuantiosos problemas, encontrándose entre los más importantes, la distinción con otros delitos como los desórdenes públicos de los arts. 557 a 562 y la consideración como terroristas de conductas delictivas que

⁷⁰ Máxime si creemos que <<el Estado constitucional es un marco de convivencia que permite la alternancia política y, por tanto, el establecimiento y desarrollo de distintas y aun contradictorias concepciones ideológicas, preservando los derechos de las minorías y, en consecuencia, asegurando la integración de todos los individuos>>, PRIETO SANCHÍS, L. Ley, principios y derechos, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998, pág. 112.

pretenden la defensa de la estabilidad constitucional. El terrorismo es un fenómeno que comprende tanto la subversión del ordenamiento constitucional como la alteración grave de la paz pública, presentándose la legislación actual como muestra de una política penal de orden público, que extiende el ámbito de lo típico hacia determinadas acciones que son más bien constitutivas de violencia política y social, o hasta meros delitos comunes. Hubiere sido deseable una definición legal de terrorismo basada en requerir ambas finalidades cumulativamente, para que únicamente se considerasen como constitutivas de terrorismo las conductas que efectivamente tienen estos objetivos, garantizando así los principios de legalidad, y de certeza o taxatividad de las normas penales.

Estos delitos de terrorismo tienen un carácter instrumental, teniendo que estar al servicio de la estrategia política contra el ordenamiento constitucional o de alteración grave de la paz pública para que puedan ser así calificados. La primera finalidad es la que diferencia al terrorismo de la delincuencia genérica, con la que tiene identidad instrumental, sin perjuicio de otro tipo de actividades delictivas, también diferentes, que pueden tener directa o indirectamente relevancia política, pero la violencia no se dirige a la consecución de un fin político. Si los medios no van acompañados del fin, la conducta no sería terrorista, aunque la ejecutase un miembro perteneciente a una asociación de este tipo; así por ejemplo, el miembro de una organización terrorista que por motivos personales -odio o venganza- o económicos, incendiare un inmueble poniendo en concreto peligro la vida o integridad física de las personas, no podría ser castigado por el art. 571 que tipifica los delitos de incendio con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, sino que tendría que ser castigado por el art. 351 del C.P. que tipifica los delitos de incendio que pongan en peligro la vida o integridad física de las personas sin atender a la finalidad por la que han sido provocados. Por lo tanto, los actos de terrorismo son acciones violentas realizadas por miembros de una banda armada, organización o grupo terrorista, con unidad y continuidad en la búsqueda del fin político; si bien, la finalidad que debe prevalecer es la de la organización aunque sus miembros tengan una similar. Utilizaremos un ejemplo para ilustrar mejor esta idea, imaginemos que un determinado miembro de una organización recibe la orden de atentar contra un objetivo concreto, y pareciéndole de escasa relevancia política o de escasa relevancia cualitativa o cuantitativa respecto a la publicidad de la acción, es decir, del nivel de conocimiento

que del hecho llegare a tener la sociedad- tanto en su importancia o nivel de impacto en la opinión pública como en el número de ciudadanos que lleguen a conocer la acción-eligiere, por ello, otro objetivo. El cambio o elección de este otro objetivo en nada alteraría la finalidad, lo que sí le afectaría, sería que el sujeto atentare contra el objetivo elegido por otras razones subjetivas o internas que no fuesen las de orden político, como podrían ser circunstancias de tipo personal, habiendo otras actividades delictivas, también diferentes, que pueden tener directa o indirectamente relevancia política, pero en las que la violencia no se dirige a la consecución de un fin, sin perjuicio de que en algún caso pudiere ser compatible concurriendo varias de estas circunstancias.

El T.C. en alguna sentencia no ha mantenido esta opinión y ha equiparado a organizaciones o grupos que por el carácter de sus acciones han provocado estados de alarma y emergencia en la seguridad pública, con asociaciones terroristas como objeto de aplicación de las medidas del art. 55.2 de la C.E. Así, la S.T.C. 199/1987, de 16 de diciembre, (R.J. 1988\27), que desestimó un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los Parlamentos de Cataluña y del País Vasco frente a la L.O. 9/1984, de 26 de diciembre, de medidas contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo de este art. 55, párrafo 2º, de la C.E:

<< lo característico de la actividad terrorista resulta el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o de inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado y muy frecuentemente indiscriminado, de esta actividad delictiva. De ahí que no quepa excluir la posibilidad de que determinados grupos u organizaciones criminales, sin objetivo político alguno, por el carácter sistemático, y reiterado de su actividad, por la amplitud de los ámbitos de población afectados, puedan crear una situación de alarma y, en consecuencia, una situación de emergencia en la seguridad pública que autoriza (o legitima) a equipararlos a los grupos terroristas propiamente dichos, como objeto de los medios excepcionales previstos en el art. 55.2 de la C.E.>>.

Parece difícil que pueda existir una organización criminal cuyas actividades puedan socavar los cimientos del Estado y cuyos miembros no asuman esa trascendencia objetiva haciéndola propia⁷¹, es decir, si el T. C. reconoce que los grupos u organizaciones a que se refiere no tienen objetivo político, no se les puede equiparar a grupos terroristas porque sería realizar una aplicación analógica de las normas donde no está permitido, y otra cosa es que se diga que cumpliendo el requisito de atentar para

⁷¹ En este sentido, *vid.* LAMARCA PÉREZ, C. *Sobre el concepto...*, op. cit., pp. 535 a 559.

alterar gravemente la paz pública, se perfecciona el tipo de terrorismo, sin que sea necesario alterar el ordenamiento constitucional, como fin político, pero como ya hemos afirmado, en realidad nos encontramos ante un resultado, la alteración de la paz pública, pero no con una finalidad en sí misma. Incluso el terrorismo llamado integrista, fundamentalista o islamista, persigue no sólo alterar gravemente la paz pública, sino que tiene una finalidad que va más allá, como es el alterar las decisiones políticas tomadas por un gobierno, mostrar la disconformidad con las mismas, o luchar contra la sociedad occidental en sí misma, contra su cultura, su religión, su forma política o su manera de vida; es decir, lo que queremos resaltar con esto, es que todo terrorismo busca una finalidad de tipo político, social, religiosa o incluso meramente económica, y no solo un propósito, en sí mismo, de alterar gravemente la paz pública, por lo que los terroristas entienden que con esta alteración pueden llegar a lograr sus objetivos, los que sean, pero siempre más complejos que esa mera consecuencia contra la paz pública, que provocan con sus actos delictivos.

Entendemos que el objetivo político del elemento finalista, viene determinado como señala De Prada Solaesa⁷² <<por la búsqueda de sus autores de un concreto resultado político>>, pero que no es suficiente para calificar a todas las conductas que lo producen como de terroristas, sin perjuicio, de que un sector de la doctrina califique el terrorismo como un delito de finalidad política⁷³, aunque esto sólo ocurriría en el hipotético caso de que el Código Penal sólo hiciera referencia al orden constitucional, omitiendo la alteración grave de la paz pública, lo que permitiría la consideración de estos delitos como delitos políticos⁷⁴, aunque en puridad la finalidad política de las acciones terroristas no impide negar la naturaleza del terrorismo como delito político⁷⁵, así lo señala expresamente el art. 13.3 de nuestra Constitución al no considerarle como tal e incluirle en los delitos objeto de extradición.

⁷² DE PRADA SOLAESA, J. R. *Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995*, en Jueces para la Democracia, n.º 25, marzo de 1996, pág. 74.

⁷³ GARCÍA SAN PEDRO, J. Terrorismo: aspectos..., op. cit., pág. 123. Opina, en esta línea, que el terrorismo es <<un tipo de violencia con finalidad política, es decir, violencia política, aunque no toda violencia política es terrorismo>>.

⁷⁴ LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M. El Código Penal..., op. cit., pág. 206.

⁷⁵ Para BOBILLO, F. J. *Constitución...*, op. cit., pág. 61, <<la legislación, además de privar de legitimidad al terrorismo al negarse a admitir su carácter político, aprovecha la falta de distinción entre delitos comunes y políticos para poder actuar con mayor rigor frente a la delincuencia común. Los actos terroristas, privados de su carácter político, aparecen, desnudos, como meros actos criminales. El Estado, al despolitizar el terrorismo, lo deslegitima al tiempo que lo criminaliza>>.

Las opiniones doctrinales sobre el elemento teleológico en materia de terrorismo son abundantes en el sentido de relacionarlo con un propósito político, y así únicamente citar por todos, a Gimeno Sendra⁷⁶ para el que el terrorismo es <<subjetivamente una delincuencia de intencionalidad política, cuya finalidad más inmediata es la desestabilización del sistema democrático>> y para ello se sustentan en un elemento tendencial amplio, más bien indeterminado, pero aciertan al calificar al otro elemento -la alteración grave de la paz pública- como un resultado y no como un fin en si mismo, lo que tiene incidencia en la regulación de las penas, porque si efectivamente se agravan por producirse esta consecuencia de lesión a la paz pública, estaría el legislador agravando los delitos por el resultado producido, fenómeno que debe quedar desterrado de cualquier ordenamiento jurídico-penal moderno.

Como avanzamos anteriormente existe, sin embargo, una excepción a esta forma de concebir el terrorismo, que fue introducida por primera vez en nuestra legislación penal en el Código de 1995, en el art. 577, modificado por la L.O. 7/2000, de 22 de diciembre, y que constituye el llamado terrorismo individual, el cometido al margen de banda armada, organización o grupo terrorista y al que se añadió un tercer elemento teleológico, la de, no ya realizar los hechos con una determinada finalidad, sino también contribuir a estos fines –los ya conocidos- atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, finalidad que se estudiará en el Capítulo Tercero por afectar solamente a los actos realizados al margen de asociación terroristas alguna, pero que aquí estudiaremos en la medida en que pudiera ser útil al objetivo propuesto. La forma en que está concebido y redactado este elemento teleológico introduce, a mi juicio, variantes en el concepto que el legislador tiene del terrorismo que son ajenos a él, es decir, alterar gravemente la paz pública más que una finalidad es un resultado de las acciones terroristas; contribuir a estos fines –subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública- atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional es también un resultado de las acciones terroristas pero no una finalidad en si misma. La admisión de lo que para el legislador es una nueva finalidad, no es a efectos prácticos nada relevante, porque es similar a lo previsto antes de la reforma, y asimismo se regula en relación a los fines clásicos por lo que creemos que no era necesaria esta modificación que entendemos poco útil.

⁷⁶ GIMENO SENDRA, V. *Nuevas perspectivas...*, op. cit., pp. 1221 a 1242.

Pero además, el art. 577 del C.P. plantea otro problema ya que, al contrario de lo que sucede con el concepto <<habitantes de una población>> que parece claro tanto en su definición como en su delimitación, el término <<colectivo social>> es más difuso, siendo un concepto jurídico indeterminado, quedando al criterio del intérprete su concreción y delimitación. Así con la inclusión de este elemento teleológico, de <<contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional>>, el legislador ha introducido en el concepto legal del terrorismo un componente que lo degrada hasta tal punto que su distinción y delimitación con los delitos comunes de desórdenes públicos es del todo imposible⁷⁷ y eso que ya era complicada con la anterior redacción, con lo que elaborar un concepto jurídico del terrorismo, en el que se incluya este nuevo elemento teleológico, se hace difícil y poco práctico, ya que no nos encontramos ante una nueva finalidad, sino que en realidad son meras consecuencias de las acciones terroristas que suelen atemorizar, por si mismas, a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional. En todo caso, para poder sancionar estas conductas se debe confirmar que se ha producido la atemorización, y no la simple intimidación, de esos ciudadanos, lo que no necesariamente será signo de la efectiva contribución a los objetivos de la asociación terrorista.

Sobre la falta de exigencia del requisito estructural, supone que puedan ser objeto de sanción penal conductas de grupos que se manifiesten violentamente con los objetivos que exige el tipo, pero que no posean la estructura de una asociación terrorista, como pudieren ser determinados sujetos que se constituyan en piquetes de huelga, ideológicamente próximos o análogos a una determinada banda armada, organización o grupo terrorista, que aun estando organizados, no forman ninguno de estos elementos estructurales, debiéndose calificar estas acciones como constitutivas del art. 577 al concurrir, por ejemplo, la acción objetiva de coacciones y la subjetiva de contribución a la finalidad de lograr la efectiva atemorización de los habitantes de una población de los miembros de un colectivo social, político o profesional, requisito que no exigen las amenazas comunes.

⁷⁷ En el mismo sentido, aunque de opinión más moderada, LAMARCA PÉREZ, C. *Análisis del Proyecto de reforma en materia de terrorismo*, en Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías, publicación del XIII Congreso universitario de alumnos de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, Colex, Salamanca, 2001, pp. 105 y 106.

Como se ha señalado, dentro del elemento teleológico, el C.P. distingue dos fines diferentes, susceptibles de ser estudiados por separado por la distinta naturaleza que tienen. En su análisis se va a seguir el orden en que los enumera el texto legal, es decir, primero la subversión del orden constitucional para posteriormente tratar de la alteración de la paz pública.

1. Subversión del orden constitucional.

El primer elemento teleológico que se va a abordar es el de la subversión del orden constitucional, advirtiendo que lo más importante es aclarar en qué consiste este orden constitucional. Si acudimos a las normas penales, comprobamos que no definen este concepto imprescindible a la hora de poder tipificar los hechos delictivos⁷⁸, por lo que se hace necesario recurrir a la doctrina científica, y así Hernández Hernández⁷⁹ opina que subvertir el orden constitucional se refiere a <<trastornar, perturbar o destruir la normal y efectiva aplicación y funcionamiento de la C.E., del aparato de poder que en la misma se establece y, muy concreta y específicamente, la normal y regular actuación de la Jefatura del Estado y de los Gobiernos y Cámaras Legislativas (estatales y autonómicas); la libre celebración de elecciones y la integridad nacional, el poder legalmente constituido conforme a la C.E., impidiendo su efectiva aplicación y, en esencia, el sistema político que diseña y la ordenación y relaciones entre los poderes del Estado, concretamente la actuación del Rey y de los órganos que personifican las funciones de gobernar y legislar en nombre del pueblo español>>. En la misma orientación, aunque de forma más concisa, Polaino Navarrete⁸⁰ entiende esta finalidad como <<la pretensión de conculcar el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales

⁷⁸ La Exposición de Motivos de la L.O. 2/1998, de 15 de junio, se refiere a la subversión del orden constitucional como la destrucción violenta del Estado democrático y de sus instituciones o la pretensión de minar las bases de la estructura política del Estado.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Nuevo Código Penal...*, op. cit., pág. 695. En expresión de este autor <<los conceptos subversión del orden constitucional y alteración grave de la paz pública son conceptos de la mayor importancia para la tipificación de la conducta, y sin embargo no aparecen definidos en la ley; queda a criterio del organismo jurisdiccional su determinación. Se trata de una norma penal en blanco>>. FERNÁNDEZ RODERA, J. A. *Los delitos de rebelión y sedición*, en La Ley, nº. 4014, 12 de abril de 1996, pp. 1 a 4.

⁷⁹ HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R. *De los delitos de terrorismo*, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Tomo III, Madrid, 1997, pág. 4885.

⁸⁰ POLAINO NAVARRETE, M. *Delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 906.

y libertades públicas de los ciudadanos, que caracteriza el sistema democrático del Estado de Derecho; derechos y libertades que son asumidos mayoritariamente por la sociedad y como máxima expresión de la soberanía popular consignados por la ley y la Constitución>> y para Serrano Gómez⁸¹ <<supone conculcar el libre ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, así como las libertades públicas>>.

Si profundizamos en el análisis de este elemento teleológico y en concreto en el alcance del término subversión, tenemos que preguntarnos sobre el sentido y alcance real del mismo para la doctrina de nuestros tribunales, que ha sido casi unánime a la hora pronunciarse sobre el mismo con la única excepción de la Sentencia de la A.N. 30/1991, de 20 de septiembre⁸² donde se asevera que la finalidad o resultado político se debe concretar en la alteración del orden constitucional, entendido únicamente como su cambio o modificación, para concluir que la actitud delictiva de los condenados es de mera asociación ilícita común y no terrorista porque la finalidad de los mismos no era la de oponerse al sistema constitucional, sino defender la estabilidad del mismo aunque ello se realizase por medios jurídicamente repudiabiles, es decir, que a juicio de esta resolución únicamente es terrorismo el que tiene carácter subversivo y pretende cambiar o modificar el sistema establecido, pero si con los hechos se ha perseguido la conservación o la defensa del orden constitucional no son delitos terroristas. Por el contrario, nos parece acertada la opinión de Lamarca Pérez⁸³ cuando afirma que no deberían existir <<fines terroristas reprochables (subversivos) y fines políticos no terroristas menos reprochables (defensores del orden constitucional)>> y ello es así porque la única defensa que se puede hacer del Estado democrático de Derecho es desde el más escrupuloso respeto a las normas constitucionales que son las garantes de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas, pilares básicos de la convivencia democrática.

Estimamos de forma contraria a esta sentencia, que en la subversión del orden constitucional debe englobarse la finalidad de sustituir el sistema político, además de la

⁸¹ SERRANO GÓMEZ, A. Derecho Penal..., op. cit., pág. 1036.

⁸² Analiza esta sentencia, PORTILLA CONTRERAS, G. *Terrorismo de Estado: Los Grupos Antiterroristas de Liberación*, (G.A.L.), en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, pp. 501 a 530.

⁸³ LAMARCA PÉREZ, C. *Sobre el concepto...*, op. cit., pág. 538. La misma profesora, en *Delitos contra...*, op. cit., pág. 709.

finalidad de imponer unos objetivos políticos o unas ideas políticas de forma no democrática y violenta, aunque con ello se pretenda defender del propio sistema democrático y la C.E., porque en la realidad no cabe esa posibilidad, ya que es una contradicción in terminis pretender defender la C.E. y la democracia de forma violenta y delictiva, porque con ello se lesionan los derechos fundamentales y las libertades de las personas de las que aquella es precisamente garante. Lo contrario sería reconocer que cuando se realizan acciones delictivas terroristas desde dentro del Estado estas no tienen igual contenido de reprobabilidad, que cuando se realizan desde fuera, es decir, que habría un llamémosle “terrorismo malo y uno bueno”, o menos malo.

Esta es, asimismo, la doctrina del T.S. que, en su Sentencia 2/1998, de 29 de julio, Causa Especial 2530/1995, (R.J. 5855\1998), mantiene que:

<<son bandas armadas tanto las que pretenden alterar el orden establecido, es decir, en el actual sistema jurídico, el Estado social y democrático de Derecho al que se refiere el art. 1 de la Constitución, como aquellas otras que, con la finalidad última de afirmar nuestra democracia luchando contra las organizaciones que pretenden acabar con ella, tienen como fin inmediato la mencionada grave perturbación de la paz pública por la utilización del armamento que poseen o por la concreta clase de delito de especial alarma colectiva que cometen, capaces por sí mismos de alterar esa normalidad de la convivencia ciudadana sin la cual no se pueden ejercitar adecuadamente los derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento constitucional: en definitiva, también un atentado contra nuestra Ley Fundamental>>.

Acierta a nuestro juicio el T.S. en esta sentencia cuando dice que son bandas armadas tanto las que pretenden luchar contra nuestro Estado social y democrático de Derecho, como las que tienen el propósito de preservar el mismo, pero yerra en considerar que estas últimas sólo alteran gravemente la paz pública, sin perjuicio de subrayar que además, en el caso enjuiciado, los acusados integraban una asociación ilícita terrorista. La conducta juzgada, efectivamente subvertía el orden constitucional, en la medida en que los sujetos actuaban ejecutando acciones delictivas violentas, al margen del ordenamiento jurídico constitucional y de las normas penales elaboradas por el legislador elegido democráticamente por el conjunto de la ciudadanía, por lo que su vulneración a través de actos terroristas suponía actuar con ese fin de subversión de ese mismo orden que aparentemente querían proteger.

No se deberían discriminar acciones similares con las finalidades vistas, en función de la ideología, ya que en un Estado democrático de Derecho que garantiza el pluralismo político y positiviza las libertades públicas, la índole o clase de finalidad política debe ser irrelevante desde el punto de vista penal. No se deberían sancionar ciertas conductas delictivas que ponen en peligro el orden constitucional y dejar impunes otras conductas que supuestamente lo defienden, pero que son igualmente reprobables. Ninguna ideología debe ser preferible a otra bajo la óptica penal, debiendo intervenir el Derecho Penal cuando éstas se manifiestan de forma delictiva, independientemente de su carácter revolucionario o contrarrevolucionario, ya que ambas se sitúan al margen del ordenamiento jurídico.

En este sentido, la C.E. ha venido a consagrar y garantizar el pluralismo político en su art. 1, en el Título I diseña un sistema de libertades públicas, admite la modificación constitucional en el Título X, e institucionaliza los partidos políticos, como instrumento fundamental para la participación política, en su art. 6, por lo que la licitud de ideologías políticas dentro del marco constitucional no debe construirse en función de los contenidos sino de los métodos que se empleen para alcanzarlas. El sistema democrático sólo puede defenderse desde posiciones no violentas que respeten los derechos fundamentales y las libertades públicas establecidas en la C.E. y elaborar artificiosos argumentos *ad casum*, sólo conduce a discriminaciones no tolerables dentro del Estado de Derecho, siendo la única posición *ad hoc* susceptible de ser respetuosa con todo ello, la regulación de la finalidad política de forma genérica, como atentado al orden constitucional, entendido como orden que se deriva de la observancia y aplicación en la sociedad del conjunto de normas que garantizan los derechos y libertades de los ciudadanos y regulan la organización de los poderes públicos, teniendo presente como señala Lamarca Pérez⁸⁴ <<que en un Estado no democrático no existen cauces de participación política y se produce una criminalización de toda actividad política, con lo cual las fronteras entre terrorismo y delito político tienden a difuminarse>>, mientras que en los Estados democráticos no existen delitos políticos porque no se incriminan ideologías políticas en tanto que no se manifiesten en acciones violentas de tipo delictivo que tengan por finalidad alterar la paz pública o subvertir el orden constitucional, lo que provoca que, en el Estado democrático de Derecho cualquier fin

⁸⁴ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 87.

político unido a una misma acción penalmente reprochable ha de producir idénticos resultados.

El orden democrático consiste, entre otras facetas, en que cualquier objetivo político puede ser alcanzado por vías constitucionales e institucionales, así quien delinque para transformar el orden democrático o para preservarlo, lesiona de igual modo el ordenamiento constitucional porque los que intentan defender la estabilidad democrática por estos medios, realmente lo que hacen es suplantar a las instituciones democráticas, convirtiéndose en juzgadores y ejecutores de las penas, función ésta reservada únicamente al Estado. El reproche penal es por los medios utilizados no por la finalidad, aunque ésta sirva para discernir qué delitos son genéricos y qué delitos son los específicamente terroristas.

En la práctica sucede que hay muchas bandas armadas (concepto que se estudiará más adelante) que no tienen una finalidad política y que, por lo tanto, no son terroristas y sus actuaciones al no perseguir ninguno de los fines vistos de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, no deberían ser calificadas como terroristas, aunque estas bandas no terroristas podrían actuar poniendo en peligro el orden y la seguridad pública o ciudadana (al tratar de la paz pública nos referiremos al concepto de orden público y seguridad pública) pero sin que pueda decirse que alteran gravemente la paz pública. A nuestro juicio, ello no debe provocar confusión con el hecho de que C.P. al circunscribir la finalidad política a la subversión del orden constitucional, parece considerar que la única forma que adopta el terrorismo es la subversiva, de donde, se puede entender que quiere tipificar como terrorismo el que se ejerce contra el Estado y no el que se pueda ejercer por los funcionarios del mismo⁸⁵, para ello se establecen los dos elementos finalísticos vistos de forma que las acciones terroristas que se pudieran ejercer desde el Estado no podrían ser calificadas como terroristas por no perseguir en puridad ninguna de estas finalidades, sino la defensa de la Constitución y el sistema democrático.

⁸⁵ Nos referimos, desde luego, a lo que se ha llamado terrorismo de Estado, que lo define Garzón Valdés como: <<un sistema político cuya regla de reconocimiento permite y/o impone la aplicación clandestina, impredecible y difusa, también a personas manifiestamente inocentes, de medidas coactivas prohibidas por el ordenamiento jurídico proclamado, obstaculiza o anula la actividad judicial y convierte al gobierno en agente activo de la lucha por el poder>>. GARZÓN VALDÉS, E. *El terrorismo de Estado (El problema de su legitimación e ilegitimidad)*, en Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 65, julio-septiembre de 1989, pág. 39.

Subvertir el orden constitucional abarca en general cualquier forma de fin político trascendente a nuestras fronteras, como podría ser el terrorismo fundamentalista islámico, es decir, no sólo debemos circunscribirlo al Estado español, la finalidad de alterar el orden constitucional, sino que se puede englobar dentro de ella cualquier otra finalidad política que persiga un ente asociativo con sus acciones violentas.

En definitiva, subvertir el orden constitucional equivale para la jurisprudencia, con alguna excepción, como hemos visto, y para la doctrina científica en general, a alterar el ordenamiento constitucional democrático, buscando su destrucción violenta y la de sus instituciones, pero también evitar el cambio de este mismo orden, teniendo una mayor trascendencia que la alteración de la paz pública, determinando que sistemáticamente los delitos de terrorismo podrían estar ubicados dentro del Título de delitos contra la Constitución⁸⁶, sino fuera por la tipificación expresa de la alteración de la paz pública, que en realidad no es una finalidad sino un resultado, como a continuación vamos a tener oportunidad de comprobar.

2. Alteración grave de la paz pública.

Una vez expuesto el aspecto subversivo del elemento finalístico del terrorismo, es obligatorio referirse al otro aspecto: alterar gravemente la paz pública, para ello, del tenor literal de la ley se comprueba que también en este caso no se define este concepto⁸⁷, teniendo las mismas consecuencias que respecto al otro elemento teleológico.

Se hace necesario aquí, igualmente, acudir a la doctrina y la jurisprudencia si queremos hallar un concepto de este término y así Prats Canut⁸⁸ entiende que <<la paz

⁸⁶ TORRES FERNÁNDEZ, M.^a E. Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 247.

⁸⁷ Entendemos que es un concepto jurídico indeterminado, sin perjuicio de que la L.O. 2/1998, de 15 de junio, en su Exposición de Motivos, se refiera a alterar gravemente la paz pública como situación grave de alteración del orden público que ponga en cuestión los propios fundamentos de la convivencia democrática, con una actuación al margen de los mecanismos de participación que ofrece el Estado democrático.

⁸⁸ PRATS CANUT, J.M. *De los delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 1581. Añade que <<no toda alteración del orden ha de abocar a la ruptura o quebrantamiento de la paz y la tranquilidad pública, si

pública implica la tranquilidad social o normalidad ciudadana en la que las actividades inherentes en un país se desenvuelven, sin mayores estridencias que las que impongan, sus normales accidentes e incidentes, en la vida cotidiana>> y Blanco Cordero⁸⁹ para el que <<la paz pública alude a la tranquilidad y sosiego en las relaciones de unos con otros, esto es, a las condiciones básicas para la convivencia ciudadana, a la seguridad en el ejercicio de derechos y libertades sin temor a ataques contra las personas>>, por su parte Bueno Arús⁹⁰ la define como <<la paz en los lugares de uso común y en la calle>>; siendo este elemento fundamental en la concepción del terrorismo como ataque al mismo, prueba de ello es que la doctrina, como García S. Pedro⁹¹ se describe al terrorismo desde la alarma e inseguridad que provoca, también en la misma línea argumental Polaino Navarrete⁹² hace referencia a la característica de la criminalidad terrorista en su configuración que <<revela la pretensión de causar intranquilidad, inquietud, desasosiego y temor de la ciudadanía ante la comisión de delitos de organizaciones criminales que siembran el temor>>, y para Torres Fernández⁹³ este elemento <<se caracteriza por forzar los mecanismos de participación del Estado democrático>>.

La paz pública es un concepto semejante al de seguridad ciudadana que es definida por la doctrina y la legislación como protección de personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones de peligro y calamidad, que engarza con el de orden

aquella no excede de ciertos límites>>. Cuando se refiere al <<elemento tendencial, finalista o teleológico, que persigue el fin de atentar contra la paz pública... pretenden intranquilizar a la población o suscitar inquietud, desasosiego o sobresalto, así como perturbar o impedir el pacífico y normal desenvolvimiento en sus cotidianas tareas y el ejercicio de sus derechos o libertades públicas, no importando que el fin próximo, coexista con otro remoto al que obedece la actitud del grupo, sin que este logre desvanecer el objetivo próximo de turbar la paz pública, turbación que es medio de alcanzar la pretensión exteriorizada>>. A nuestro parecer, en realidad, la alteración de la paz pública es una consecuencia, un resultado, mas que una finalidad que persigue el grupo.

⁸⁹ BLANCO CORDERO, I. *Terrorismo internacional: La amenaza global*, en El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad, Diego Díaz-Santos, R. y Fabián Caparrós, E. (coordinadores), Colex, Madrid 2003, pág. 224.

⁹⁰ BUENO ARÚS, F. *Principios generales de la legislación antiterrorista*, en Estudios de Derecho Penal, en homenaje al profesor Luís Jiménez de Asúa, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, n.º 11, junio de 1986.

⁹¹ GARCÍA SAN PEDRO, J. Terrorismo: aspectos..., op. cit., pág. 119. En concreto, mantiene este autor que <<el terrorismo es un término que surge para denominar una determinada forma de ejercer la violencia, relacionada con la producción de terror, entendido éste en sentido... de alarma, temor o inseguridad>>.

⁹² POLAINO NAVARRETE, M. *Delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 906. Añade que <<se identifica como “orden público” bienes jurídicos tan diversos como la concreta aplicación de la legalidad, la obligatoriedad de las resoluciones judiciales, el legítimo ejercicio de la función pública por parte de los titulares de la misma, de un lado, y la seguridad pública, colectiva o ciudadana, de otro>>.

⁹³ TORRES FERNÁNDEZ, M.^a E. Los delitos de desórdenes..., op. cit., pp. 247 y 248.

público que para Gutiérrez Lanza⁹⁴ <<es el orden positivo, orden establecido por el Derecho y no por una difusa conciencia social, que se traduce en la defensa del libre ejercicio de los derechos fundamentales>>, así para Blanco Cordero⁹⁵, para el que <<el orden público se refiere a la paz en las manifestaciones colectivas de la convivencia ciudadana, a la tranquilidad en el desarrollo de las actividades ordinarias en los espacios públicos>> y según González Cussac⁹⁶ <<el concepto de orden público hace referencia al orden externo y material necesario para la convivencia... no es un concepto equivalente a “paz pública”, que no exige un funcionamiento ordenado de la vida pública, ni se opone a la noción de desórdenes públicos, sino que hace referencia a las ideas de tranquilidad y quietud>>. También la seguridad pública se asemeja a este concepto de paz pública, que se utiliza en textos legales y que según la doctrina comprende tanto el concepto de orden público como el de seguridad ciudadana⁹⁷. Pero, en definitiva, alterar gravemente la paz pública, que es a lo que se refieren los preceptos, es la creación de alarma en la colectividad, resultado inmediato de las actuaciones terroristas, más que una finalidad en sí misma.

Pensamos que el legislador debía de haber optado por un término más preciso con un significado concreto y cierto como exige una buena técnica legislativa y el principio de taxatividad penal, ya que según están configurados los tipos penales de terrorismo, pueden abarcar modalidades de conducta no simplemente con finalidad política, como aquellas que causan alarma o temor en la población, a las que al mismo tiempo se les deberían requerir esta finalidad de carácter político, para no tratar por igual fenómenos diferentes que requieren respuestas diferentes. Nuestra línea argumental pasa por sostener que el terrorismo es un fenómeno que entraña una finalidad específica de atentar contra el sistema democrático en unos casos o incluso en otros, contra todo el sistema occidental como lo conocemos, es decir, contra nuestros cimientos políticos, culturales, religiosos, de organización o de manera de vida; sin embargo, el terrorismo no es sólo la realización de actos delictivos con el objetivo de alterar gravemente la paz pública, porque esta alteración es el resultado inmediato de las acciones delictivas, pero no una finalidad en sí misma, sin más, como hemos apuntado,

⁹⁴ GUTIÉRREZ LANZA, G. *Notas sobre los delitos...*, op. cit., pág. 103. Se refiere al orden público <<como realidad ontológica, que es lo que puede alterar el acto de estragos, explosión, incendio, etc. >>.

⁹⁵ BLANCO CORDERO, I., *Terrorismo internacional...*, op. cit., pág. 224.

⁹⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *El Derecho Penal frente...*, op. cit., pág. 69.

⁹⁷ La L.O. 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, define el orden público como <<la tranquilidad en la calle>>.

esto sencillamente son delitos no terroristas y con las previsiones del C.P. para los delitos comunes hubiese bastado, no siendo preciso calificar como terrorismo lo que no lo es, sólo por buscar la imposición de penas más severas.

Por lo que respecta al análisis de la doctrina jurisprudencial sobre el concepto de paz pública, el T.C. en su Sentencia 59/1990, de 29 de marzo, (R.T.C. 1990\59), propone que los conceptos de paz pública y de orden público no son los mismos en un sistema político autocrático que en un Estado democrático. La seguridad pública engloba el orden público y la seguridad ciudadana, y ésta se asemeja a la protección de personas y bienes frente a conductas violentas, agresiones o situaciones de peligro, estando dirigida la seguridad pública a la protección de personas y bienes, y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas, por lo que el fin estaría constituido por la turbación de la tranquilidad ciudadana que debe regir en la convivencia diaria.

Sobre la distinción entre paz pública y orden público, nuestro más alto Tribunal también ha tenido ocasión de pronunciarse en las SS.T.S.⁹⁸, de 25 de febrero de 1987, (R.J. 1987\2252); la de 6 de febrero de 1989, (R.J. 1989\1480); la de 16 de octubre de 1991, (R.J. 1991\7280) y la 2083/1994, de 29 de noviembre, (R.J. 1994\9152). Extraeremos de ellas los aspectos más importantes que nos interesan para comprobar si efectivamente existe diferencia entre estos conceptos a juicio de este órgano jurisdiccional.

⁹⁸ También las sentencias de 18 de junio de 1990, (R.J. 1990\5560); 19 de junio de 1985, (R.J. 1985\3031); 6 de marzo de 1985, (R.J. 1985\1577); 5 de julio de 1984, (R.J. 1984\3819). La de 18 de junio de 1990, (R.J. 1990\5560), considera, al hablar de la paz pública, que <<los integrantes del grupo, con sus concertadas o espontáneas acciones, propendan a intranquilizar a las gentes, a despertar en ellas inquietud, sobresalto o desasosiego, y a impedir el funcionamiento normal de los servicios públicos o de las instituciones, tanto públicas como privadas, la dedicación, normal y pacífica, de los ciudadanos, a sus cotidianos quehaceres o tareas, (o de sus ordinarios quehaceres domésticos o comunitarios, sentencia de 24 de octubre de 1987, (R.J. 1987\7595) así como el libre ejercicio de las libertades y de los derechos individuales de las personas reconocidos por las leyes y, especialmente, por la Constitución>>. La de 19 de junio de 1985, (R.J. 1985\3031), manifiesta que <<atentar contra la paz pública, diferente por más amplia que el simple orden público o que la denominada tranquilidad pública... no siempre el orden y la paz pública coinciden por cuanto que esta última, concepto mucho más amplio, implica la tranquilidad social o la normalidad ciudadana en la que las actividades inherentes en su país, comarca o municipio, se desenvuelven sin mayores estridencias que las que imponga, es sus también normales accidentes e incidentes, la vida cotidiana, de forma tal que no toda alteración del orden ha de abocar a la ruptura o quebrantamiento de la paz y la tranquilidad pública si aquella no excede de ciertos límites>>.

La primera sentencia distingue entre el orden y la paz pública, concepto éste más amplio que abarcaría a aquél como consecuencia de ésta:

<<el orden y la paz públicas no son categorías absolutamente intercambiables- de suerte que no quepa alterar el primero sin atentar también y necesariamente contra la segunda- pues uno y otro concepto aparecen claramente deslindados. El orden es, sin duda, un ingrediente de la paz- acaso será mejor decir que es uno de sus efectos- pero la paz es en realidad más amplia y profunda que surge, no sin conflictos, cuando en la convivencia social se realiza la justicia>>.

No obstante, nos parece inadecuado el empleo que se hace del término justicia referido a la convivencia social, por las implicaciones que tiene en el sentido de, qué debemos entender por una coexistencia justa. Si pretendemos sostener que la paz pública sólo es posible o “surge” cuando “se realiza la justicia” en la convivencia social estaremos abocados a afirmar que la paz pública nunca ha sido, ni será posible en nuestra sociedad, en la medida de que la justicia no se ha realizado, ni se realiza en ella, y previsiblemente tampoco se realizará en un futuro próximo o no muy lejano.

La segunda de las sentencias citadas viene en apoyo de la tesis de la primera, entendiendo el orden público incluido en la paz pública y como efecto de la misma, con la misma referencia a la realización de la justicia en la convivencia social:

<<no puede equipararse “atentar contra la paz pública o alterar el orden”. El orden es un ingrediente de la paz- o uno de sus efectos- pero la paz es una realidad más amplia y profunda que surge no sin conflictos, cuando en la convivencia social se realiza la justicia>>.

La tercera de las sentencias referidas abunda en la distinción entre ambos conceptos, al afirmar que:

<<la paz pública y orden público no son expresiones absolutamente coincidentes. La paz es en definitiva un estado de tranquilidad y sosiego trascendentes, de tal manera que dentro de la paz pueden coexistir desórdenes accidentales y perturbaciones de la tranquilidad social>>.

Esta definición del concepto de paz pública se ajusta más a la realidad, entendida como la situación en que los ciudadanos disfrutan de tranquilidad y sosiego, no de forma individual, es decir, en su estado particular, sino de manera general, derivado de la situación de calma y tranquilidad que les brinda el sistema político,

aunque efectivamente dentro de este escenario puedan acontecer situaciones que lesionen este estado, que no es lógicamente idílico y que pese a sus carencias y defectos es el que mejor garantiza sus necesidades.

Y finalmente, la cuarta y última de las sentencias señaladas, es interesante porque nos proporciona las acepciones gramaticales de orden público y de paz pública:

<<el concepto de orden, es un concepto más amplio que el de paz pública. Si por orden entendemos la observancia de las normas que regulan en general la convivencia entre las personas (aplicando al tema aquí examinado la acepción 3ª del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua), esto es, cualquier clase de convivencia, el concepto de paz, máxime con el adjetivo pública que... ha de ser considerado como una especie dentro del género “orden” antes referido. El sustantivo “paz”, como contrario a guerra o turbulencia (acepción 2ª del mismo Diccionario), nos conduce a la observancia de unas concretas normas, las que regulan una clase especial de convivencia, aquella que se desarrolla en el exterior por no aparecer circunscrita a determinados recintos o espacios geográficos que no trascienden a la tranquilidad ciudadana en general. De esta manera paz pública equivale a conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana (o el normal ejercicio de los derechos y libertades públicas) o, más sintéticamente, como normalidad en la convivencia ciudadana. Como dice la sentencia de esta Sala de 25 de enero de 1990, (R.J. 1990\4696), sé atenta contra la paz pública cuando se produce “alarma social y perturbación en el seno de la vida ciudadana”>>. En este sentido la sentencia de esta misma sala de 28 de octubre de 1987, (R.J. 1987\7617), que define la paz pública como <<resultante del normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos. La paz pública es así un aspecto de la paz social que se funda- según el art. 10.1 de la Constitución-... en “el respeto a la ley y a los derechos de los demás”, en el Estado social y democrático de Derecho en que España está constituido y sé atenta contra ella cuando se utilizan medios violentos que por su trascendencia producen su quiebra>>.

Como comprobamos, todas las sentencias analizadas concluyen que no son conceptos sinónimos la paz pública y el orden público⁹⁹. El concepto de paz pública parece que abarca el orden público y la seguridad ciudadana, y la expresión alterar gravemente la paz pública es imprecisa, jurídicamente indeterminada e incluso pudiera ser contraria al principio de legalidad penal, aunque en cualquier caso, se produce esta alteración cuando se actúa con fines políticos de forma violenta, aunque también puede alterarse con la realización de otros delitos no terroristas, pareciéndonos acertada la

⁹⁹ Vid. ÁLVAREZ VIZCAYA, M. Libertad de expresión y principio de autoridad: El delito de desacato, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 127, donde, esta profesora, hace una crítica a la concepción amplia de orden público como equivalente a orden social, que tiene el T.S. en sus sentencias.

opinión de Gutiérrez Lanza¹⁰⁰ de que <<la alteración de la paz pública más que una finalidad es un resultado inmediato de las acciones terroristas; es una consecuencia querida por el sujeto, pero no una finalidad>>, sin perjuicio de que se produzca la alteración igualmente como resultado independientemente de la ideología del grupo terrorista, es decir, provocada por las acciones violentas con finalidad política. Las acciones terroristas ponen en peligro el derecho a la vida, la integridad física y la libertad de las personas, siendo habitualmente las víctimas personas extrañas a los móviles que los han inspirado y normalmente sin posibilidad de repeler la agresión, lo que crea un desasosiego e inseguridad general debido a que la falta de discriminación de los terroristas a la hora de elegir los objetivos, induce que en la mente de todos esté que cualquiera puede ser víctima del terrorismo, pero esto no justifica que cualquier acto que induzca la alteración del orden pueda ser calificado de terrorista. Sólo deberían ser calificados como terroristas los actos que provoquen una alteración grave de la paz pública, entendiendo por esta, a falta de definición legal, su sentido restringido y no amplio, acorde con el principio de taxatividad de las normas penales.

Sabemos que el C.P. tipifica las acciones terroristas bajo la rúbrica general del Título XXII <<Delitos contra el orden público>>, ya que introducir la finalidad de alterar la paz pública ha permitido la inclusión de estos delitos en este título en lugar del anterior, es decir, bajo la rúbrica <<Delitos contra la Constitución>>, lo que nos plantea un problema, que se intentará resolver cuando se trate del terrorismo individual, ya que en los delitos del Capítulo III de este mismo Título <<De los desórdenes públicos>> en la medida en que el art. 557¹⁰¹ al referirse <<a los que actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público>>, complica la distinción entre los delitos de desórdenes públicos y los delitos terroristas, haciéndose difícil imaginar cuál es el criterio seguido por el legislador; si bien, al mencionar el fin de atentar contra la

¹⁰⁰ GUTIÉRREZ LANZA, G. *Notas sobre los delitos...*, op. cit., pág. 45. Afirma que <<la esencia del terrorismo consiste en el desasosiego o desazón pública, no como fin en sí, sino como etapa o estadio de otros fines ulteriores. El delito es el medio- proteico y despiadado- de producir aquella>>.

¹⁰¹ La L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, ha introducido en este artículo un párrafo dos que dice: <<Se impondrá la pena superior en grado a las previstas en el apartado precedente a los autores de los actos allí citados cuando éstos se produjeran con ocasión de la celebración de eventos o espectáculos que congreguen a gran número de personas. Con idéntica pena serán castigados quienes en el interior de los recintos donde se celebren estos eventos alteren el orden público mediante comportamientos que provoquen o sean susceptibles de provocar avalanchas u otras reacciones en el público que pusieren en situación de peligro a parte o a la totalidad de los asistentes. En estos casos se podrá imponer también la pena de privación de acudir a eventos o espectáculos de la misma naturaleza por un tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta>>.

paz pública parece deducirse que la diferencia está en el grado e intensidad que tenga el ataque al bien jurídico, es decir, que si únicamente se atenta contra la paz pública se incurre en una conducta de desorden público, pero si se altera gravemente la misma, se está en una conducta de las llamadas terroristas, lo que provoca que en la práctica nos encontremos con el obstáculo de cómo discernir cuando una conducta atenta, o cuando una conducta altera gravemente la paz pública, por lo tanto se hace complicado saber en qué casos se aplicará un tipo u otro, y conjuntamente, se plantea otro problema, ya que pueden existir bandas armadas que aún realizando actos que alteren gravemente la paz pública, no sean terroristas, porque esta alteración no tenga un fin político, sino, por ejemplo, de tipo económico, como se apuntó antes al estudiar el elemento teleológico¹⁰².

En definitiva, el legislador debería haber establecido unos criterios de distinción más taxativos para mejorar así la técnica legislativa y que los principios del Derecho penal se viesan garantizados, no quedando esta distinción a criterio del operador jurídico. Lo que parece fuera de toda duda es que esta segunda finalidad según está construida en el C.P. es autónoma de la de subvertir el orden constitucional, aunque nada obsta para que en la práctica, en la mayoría de los casos, se den ambas, por la irrefutable realidad que las acciones terroristas que van encaminadas contra el sistema constitucional, a la vez alteran gravemente la paz pública, como resultado asociado por los medios violentos comisivos que crean un estado de alarma y desasosiego en la colectividad.

III. Elemento estructural.

Concluido el estudio de uno de los dos elementos de los delitos de terrorismo, el teleológico o finalístico, se hace preciso entrar en el análisis del otro elemento que, en principio, debe concurrir en los mismos, nos referimos al estructural u organizativo¹⁰³.

¹⁰² Pensemos por ejemplo en una banda armada que tenga como fin solamente el lucro económico y para ello lleve a cabo acciones de secuestro o de extorsión, que provoquen por el número y las características violentas de las mismas una alteración grave en la paz pública.

¹⁰³ Para un estudio de los diferentes tipos de asociaciones terroristas: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *Sobre los conceptos de banda armada, organización y grupo terrorista*, en Terrorismo, comunicación y sus aspectos criminológicos, C.S.V., Granada, 1997, pp. 157 a 165.

Lamarca Pérez¹⁰⁴ mantiene que <<la noción de banda armada u organización terrorista o rebelde constituye el elemento nuclear para la definición legal de terrorismo>>, en este sentido Campo Moreno¹⁰⁵ afirma que <<el concepto terrorismo enlaza con una pluralidad subjetiva con indudable carácter asociativo, precisándose una cierta organización, estabilidad, carácter armado, y entidad suficiente para producir temor en la sociedad>>, de la misma forma Miranda Stramper¹⁰⁶ para el que <<los denominados delitos de terrorismo se caracterizan no por el hecho o hechos delictivos cometidos, considerados en sí mismos, sino por su imputación a un sujeto terrorista, esto es, a un integrante o colaborador de una banda armada o grupo terrorista>> y Mestre Delgado¹⁰⁷ que señala que <<el concepto de grupo o banda, caracterizado por las notas de organización y armamento, aparece como constante marco de referencia de la normatividad antiterrorista, a la que estructura y dota de sentido>>. Otro sector de la doctrina¹⁰⁸ hace referencia a este elemento arguyendo que <<el problema principal es el de delimitar el concepto de *bandas o grupos armados*>> y así para García-Pablos¹⁰⁹ <<lo que importa es que se trate de una organización, esto es, de una estructura que se proyecta más allá de la realización de unos actos delictivos concretos, que sobrevive a la consumación de estos. El concepto de organización es un concepto *funcional*, ligado necesariamente a las circunstancias del caso concreto, y sin más limitaciones que el de su propia idoneidad>>.

Nos parece que estos conceptos jurídicos no están consolidados plenamente y al igual que sucedía con el concepto de paz pública, el C.P. no define qué son bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas¹¹⁰, lo que podría vulnerar incluso el principio de legalidad, encontrándonos una vez más frente a conceptos jurídicos

¹⁰⁴ LAMARCA PÉREZ, C. *La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia, fascículo III, tomo XLII, septiembre-diciembre de 1989, pág. 959.

¹⁰⁵ CAMPO MORENO, J. C. Represión penal..., op. cit., pág. 32.

¹⁰⁶ MIRANDA STRAMPER, M. *Delitos contra el Orden Público*, en Código Penal de 1995. (Comentarios y Jurisprudencia), SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (coordinador), Comares, Granada 1998, pág. 1965.

¹⁰⁷ Añade que <<la tipificación del terrorismo como conducta delictiva en la España democrática se ha realizado tomando como base la comisión de hechos delictivos de especial gravedad, que se llevan a cabo por personas integradas o relacionadas con bandas organizadas y armadas>>. MESTRE DELGADO, E. Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1987, pp. 34 y 257.

¹⁰⁸ ÁLVAREZ, F. J. y COBOS, M. A. *La legislación antiterrorista...*, op. cit., pág. 165.

¹⁰⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Asociaciones ilícitas...*, op. cit., pág. 236.

¹¹⁰ LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M. *El Código Penal...*, op. cit., pág. 204. <<Los conceptos de banda armada y de organización o grupos terroristas, no se encuentran definidos en el texto legal>>.

indeterminados que deberán ser concretados mediante la elaboración que de los mismos realicen los tribunales. Ya sobre la anterior regulación, el Parlamento vasco entendió que los términos elementos u organizaciones terroristas que utilizaba la L.O. 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal en materia de delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes, así como la falta de definición del concepto de terrorismo por parte de ésta, vulneraban el principio de legalidad por lo que promovió recurso de inconstitucionalidad nº. 1491/1988, que se resolvió en la S.T.C. de 12 de marzo, (R.J. 89\1993), desestimándolo en base a que:

<<el legislador penal no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo... una tal labor definitoria sólo resultaría inexcusable cuando el legislador se sirviera de expresiones que por su falta de arraigo en la propia cultura jurídica carecieran de toda virtualidad significativa y depararan, por lo mismo, una indeterminación sobre la conducta delimitada mediante tales expresiones>>.

Tres razones, expone el T.C., para justificar su decisión a favor de la constitucionalidad de los términos organizaciones o elementos terroristas:

a.- <<La propia Constitución se ha servido, en dos de sus preceptos, de expresiones como las que aquí se tachan de inconstitucionales>>, (arts. 13.3 y 55.2). b.- <<Las expresiones legales *organización terrorista o elementos terroristas* no se introducen *ex novo* en nuestro ordenamiento mediante la Ley impugnada>>. c.- <<La existencia de instrumentos internacionales (muy en particular, el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, de 27 de enero de 1977) que como dijo la S.T.C. 199/1987, establecen criterios objetivos para la determinación de aquel concepto>>.

No se equivoca el T.C. en sus argumentos, si bien es cierto que los referidos conceptos no vulneran la Constitución, hay que objetar que su delimitación y distinción entre ellos, así como una elaboración conceptual del terrorismo, supone una mejor observancia del principio de legalidad y mayor seguridad jurídica. En 1995, el legislador desperdició la oportunidad de poder concretar el concepto de banda armada, el de organización y el de grupo terrorista, así como el de terrorismo, lo que hubiese sido de agradecer desde una perspectiva dogmática.

Entendemos que es preciso y de manera irrefutable que se verifique este elemento estructural para poder calificar un hecho como constitutivo de terrorismo, la antes citada S.T.C. 199/1987, de 16 de diciembre, (R.J. 1988\27), ha señalado que:

<<el terrorismo característico de nuestro tiempo, como violencia social o política organizada, lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales susceptibles de ser configuradas como *terroristas*, se manifiesta ante todo como una actividad propia de organizaciones o de grupos, de *bandas*, en las que usualmente concurrirá el carácter de *armadas*>>.

De esta sentencia y, sobre todo, de los actuales tipos del Código Penal que requieren la entidad asociativa, puede inferirse que el elemento estructural es una *conditio sine qua non* para poder aplicar los tipos de terrorismo, sin que las acciones individuales violentas puedan calificarse de terroristas, a excepción hoy del llamado terrorismo individual del art. 577, es decir, de las acciones delictivas llevadas a cabo por sujetos al margen de entes estructurales, que trataremos en le Capítulo Tercero.

Las bandas, organizaciones o grupos a que se refiere la legislación antiterrorista, deben de poseer una estructura permanente y estable con una finalidad como la descrita en el art. 571 del C.P., finalidad que, como ya se apuntó antes, <<es ante todo y en primer lugar la finalidad de la organización y no la de cada uno de sus miembros>>¹¹¹, estando en un mismo plano la conducta objetiva de integrarse en la organización y la intención subjetiva, en la medida en que sin esa intención sería una banda común. Este tipo de asociaciones ilícitas debe poseer una estructura organizativa con cierta planificación de objetivos y con una determinada estrategia y jerarquía, además de deber añadirse como <<requisito del grupo la permanencia>>¹¹², que no es otra cosa, a nuestro parecer, que la duración del mismo en el ámbito delictivo, es decir, que su actividad delictiva sea constante y estable en el tiempo. Cumpliéndose estos requisitos de pertenencia a la banda armada, organización o grupo terrorista, se constituye el tipo básico de incriminación terrorista, por eso Lamarca Pérez¹¹³ afirma que <<en cierto modo, el sujeto político no es el terrorista, sino el grupo terrorista>>, por lo que <<el elemento organizativo resulta esencial para comprender el fenómeno terrorista>> en el que <<la organización cualifica la violencia, la convierte en un

¹¹¹ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 94.

¹¹² GUTIÉRREZ LANZA, G. *Notas sobre los delitos...*, op. cit., pág. 98.

¹¹³ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pp. 92 y 451.

instrumento y en una estrategia que se orienta a romper el monopolio estatal>>, posición que parecen compartir Gutiérrez Lanza¹¹⁴ y García S. Pedro que opina que <<el sujeto actor del terrorismo está identificado por un grupo>>¹¹⁵ y <<lo que nunca ha faltado es la existencia de un núcleo armado, que, articulado en pequeñas unidades, es precisamente el encargado de llevar a cabo las acciones violentas>>¹¹⁶. El elemento estructural u organizativo es un requisito indispensable para la aplicación de la legislación antiterrorista¹¹⁷, siendo la organización criminal un elemento objetivo del tipo delictivo, por consiguiente, el terrorismo se configura en nuestro ordenamiento como un delito especial porque sólo se puede realizar por estos sujetos, como regla general y como excepción el supuesto previsto en el art. 577 de terrorismo individual.

A nuestro parecer hoy en día, en la práctica, las acciones terroristas de forma casi unánime se realizan fundamentalmente vinculadas a la existencia de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, las cuales poseen, como ha señalado Lamarca Pérez¹¹⁸, <<un carácter cuasi institucional que las dota de una mayor relevancia social>>, debiendo tener una organización idónea para la consecución de sus fines políticos. El número de componentes, su estructura, sus medios son importantes, pero lo que determina su carácter institucional es su idoneidad para conseguir el fin político que persigue, para lo cual debe poseer una estructura formada por una organización estable y jerarquizada, actuando de forma violenta y grave, lesionando los derechos fundamentales de las personas. Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, en nuestro Código Penal, están consideradas como una especie del género

¹¹⁴ GUTIÉRREZ LANZA, G. *Notas sobre los delitos...*, op. cit., pág. 97. <<El grupo u organización... viene a ser el eje de toda la estructura legal>>. <<La organización o grupo adquiere relevancia sobre el sujeto, y normalmente, vendrá a ser el verdadero autor, a través de un proceso de ideación, planteamiento y encargo, del delito que el sujeto meramente ejecuta. Jurídicamente, la responsabilidad penal es individual, lo que destaca la figura del sujeto- independientemente de la que, por autoría mediata o inducción, pueda alcanzar a los miembros del grupo, no ejecutores>>.

¹¹⁵ GARCÍA SAN PEDRO, J. *Terrorismo: aspectos...*, op. cit., pág. 127.

¹¹⁶ GARCÍA SAN PEDRO, J. *Sobre el concepto...*, op. cit., pág. 255.

¹¹⁷ Es una especie de los delitos pluripersonales que son aquellos que exigen, necesariamente, la condición plural del sujeto activo, de manera que si el sujeto de la acción no aparece configurado en tal forma, el delito no existe por falta de inadecuación típica, quedando como única opción la calificación de la acción como constitutiva de un delito del art. 577 por inexistencia del elemento estructural.

¹¹⁸ LAMARCA PÉREZ, C. *Tratamiento jurídico...*, op. cit., pp. 91 a 93. <<El elemento organizativo resulta esencial para comprender el fenómeno terrorista>>. La especialidad del terrorismo viene dada <<por su carácter institucional y cuasijurídico que tiende a romper el monopolio estatal en el uso de la fuerza>>, además la <<organización cualifica la violencia y la convierte en un instrumento y una estrategia que se orienta a romper el monopolio estatal>>.

asociación ilícita, según el tenor literal del ordinal segundo del art. 515, es por lo tanto, el art. 516 una agravación específica del de asociación ilícita¹¹⁹.

En concreto el art. 515 establece que: <<Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 2º Las bandas armadas, organizaciones o grupo terroristas>>. Y el art. 516. fija las penas, en los casos previstos en el ordinal 2º del artículo anterior, para los promotores y directores de las bandas armadas y organizaciones terroristas, para quienes dirijan cualquiera de sus grupos, y para los integrantes de las citadas organizaciones. El concepto de asociación ilícita¹²⁰ es el de unión de tres o más personas, organizadas de forma permanente, sin que sea necesaria personalidad jurídica y cuyo objetivo es cometer delitos. Siendo sus características principales¹²¹: Primera, la unión de tres o más personas. Segunda, cierta estructura permanente y organizada jerárquicamente. Tercera, distribución de tareas, con una voluntad social independiente de la ejecución de unas acciones delictivas concretas. Se sanciona a los promotores, directores e integrantes de las asociaciones ilícitas, debiéndose entender por promover según el D.R.A.E.¹²² <<iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro>>, por dirigir <<enderezar, llevar rectamente una cosa hacia un término o lugar señalado, por gobernar, regir, dar reglas para el manejo de una dependencia, empresa o pretensión, y por integrar <<incorporarse, unirse a un grupo para formar parte de él>>; por lo que se castiga a los sujetos que participan en las asociaciones ilícitas de cualquiera de las dos formas principales, a saber, a los que tienen poder de dirección y a los que simplemente las integran, con la consiguiente distinción penológica en función de la mayor gravedad de la conducta de dirección y promoción sobre la de pertenencia e integración.

¹¹⁹ Sobre el estudio del elemento estructural en el concepto de terrorismo el trabajo de la profesora LAMARCA PÉREZ, C. *Sobre el concepto...*, op. cit., pp. 551 a 559. La tesis que mantiene es que la diferencia entre las asociaciones ilícitas comunes y las bandas armadas o los grupos terroristas se encuentra en el elemento teleológico y no en el estructural, ya que la organización dependerá de las necesidades coyunturales para su concreta actividad delictiva.

¹²⁰ QUINTERO OLIVARES, G. *La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita*, en Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales, y criminológicos, Universidad de Huelva, 1999, pág. 183. En el mismo sentido, CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J. A. Derecho Penal, Parte Especial, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 1166.

¹²¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. Asociaciones ilícitas en el Código Penal, Bosch, Barcelona, 1977, pág. 291. También: MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial..., op. cit., pág. 788. BARÓN QUINTERO, S. *Legislación y jurisprudencia. Código Penal, Título XXI, Delitos contra la Constitución*, en Delincuencia organizada. Aspectos Penales, procesales y criminológicos, Universidad de Huelva, 1999, pág. 267.

¹²² Diccionario de la Real..., op. cit., págs. 1189, 535, 737 y 831.

Sobre el tipo subjetivo de estos delitos de asociación ilícita, García-Pablos De Molina¹²³ mantiene que <<el elemento “intelectivo” del dolo exige tres requisitos: 1.- El sujeto ha de ser consciente de que se “afilia”, “funda”, “dirige” o “preside” una asociación; 2.- Debe saber, igualmente, que dicha asociación es ilícita. 3.- El asociado tiene que ser consciente de la ilicitud de su conducta: ha de saber que el ordenamiento penal prohíbe la misma. El dolo no ha de abarcar más que la ilicitud “programática” de los fines de la asociación, y no los actos concretos ejecutados por sus miembros... basta con que el asociado se afilie a una asociación, sabiendo que ésta persigue tal finalidad delictiva... pero no es necesario que quiera cometer los delitos singulares contemplados en el programa asociativo, que apruebe o consienta el mismo, ni que se afilie “para” delinquir. Es la asociación la que ha de perseguir metas “subversivas”, no el socio... La antijuridicidad se configura con moldes “objetivos”, prescindiendo de los eventuales móviles o propósitos del asociado. El dolo no se presume por el mero hecho de “participar” en la asociación>>. Por lo tanto comprobamos como los delitos de asociación ilícita común no se precisa el elemento teleológico de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, como elementos subjetivos de lo injusto, lo que las distingue de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Estos delitos se consuman con la mera actividad de afiliarse, integrarse o asociarse, al margen de haber realizado algún delito previsto por la asociación ilícita¹²⁴, planteando problemas de prueba y a su vez de concurso con los delitos de los arts. 571, 572 y 574, ya que requieren estos tipos que el sujeto activo pertenezca, actúe al servicio o colabore con una asociación terrorista, debiéndose resolver como concurso aparente de normas o leyes penales para salvar el principio *non bis in ídem*.

Para concluir con este inciso sobre los delitos de asociación ilícita, indicar que el legislador ha adelantado la barrera de protección penal al bien jurídico protegido, lo que históricamente ha sido utilizado para reprimir la disidencia política¹²⁵, y en la actualidad sigue siendo dudoso que el sujeto que solamente se afilia o integra en una asociación ilícita, esté poniendo en efectivo peligro el bien jurídico colectivo protegido.

¹²³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. Asociaciones ilícitas..., op. cit., pp. 307 a 314.

¹²⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. Asociaciones ilícitas..., op. cit., pág. 177.

¹²⁵ QUINTERO OLIVARES, G. *La criminalidad organizada...*, op. cit., pág. 179.

La Sentencia del T.S. 338/1992, de 12 de marzo, (R.J. 1992\2442), que resuelve el recurso a la Sentencia de la A.N. 30/1991, de 20 de septiembre, caso Amedo y Domínguez, distingue entre banda armada y asociación ilícita común, en base a la entidad organizativa mayor de la banda armada que:

<<implica una mayor e importante estructuración jerarquizada, una mayor consideración de las funciones a realizar y una mayor pluralidad de sujetos intervinientes, nunca transitoria u ocasional, antes al contrario con el matiz de permanencia>>.

Este criterio de distinción, a nuestro juicio, es sumamente criticable porque la única diferenciación posible es la teleológica, ya que, como se acaba de decir, la entidad organizativa estará en función de las necesidades del caso concreto y de la actividad que en ese momento pretenda o le sea posible realizar, lo que se presenta como un aspecto circunstancial dentro de la estructura, siendo lo que efectivamente permanece en el tiempo, el objetivo de la asociación ilícita, que es la verdadera causa de su fundación y existencia, bien sea para la realización de ilícitos comunes, bien sea para la ejecución de planes contra el ordenamiento constitucional o la paz pública.

Por todo ello, creemos más acertada la posición del T.C. que en su conocida Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre, (R.J. 1988\27) pese a asimilar prácticamente el concepto de banda armada al de organización o grupo terrorista, realiza la distinción con las asociaciones ilícitas comunes en función de la finalidad que persigan, declarando fuera del campo de aplicación de las normas antiterroristas a las bandas que, aún armadas, actúan en el ámbito de la delincuencia común, al referirse a:

<<cualquiera otra interpretación más amplia de la expresión bandas armadas, que permitiera la aplicación de la L.O. 9/1984 y simplemente de los preceptos de su Capítulo III a personas o grupos que actuaran con armas, sin provocar el terror en la sociedad ni pretender alterar el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho y sin ponerlo objetivamente en peligro, carecería de la cobertura constitucional del art. 55.2>>.

Claramente esta sentencia restringe el concepto de banda armada a los grupos organizados y armados que persigan el fin de subvertir el orden constitucional con sus acciones violentas, que son las que el art. 55.2 de la C.E. trata como terroristas, por lo

tanto la distinción la realiza por la finalidad no por ser diferentes como asociaciones o por su estructura o efectiva capacidad organizativa.

Es preciso al mismo tiempo distinguir las bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas como asociaciones ilícitas, de la mera codelincuencia, que es una determinada actividad pasajera para realizar un hecho delictivo, así para García-Pablos¹²⁶ <<el factor *organización* distingue a la asociación ilícita de la mera codelincuencia y de la conspiración, porque no basta con una pluralidad de personas en la fase preparatoria o ejecutiva del delito para que pueda hablarse de *asociación*. La conspiración puede estar más o menos organizada, pero no es una organización: sirve a los delitos concertados y pierde todo su sentido con la ejecución de los mismos, no les sobrevive en cuanto genuina *organización*, muere con ellos. La *asociación*, sin embargo, es una *organización* en sí misma considerada, con independencia de la efectiva ejecución de los actos que integran su programa o calendario, porque le trasciende, tiene relevancia en sí misma en cuanto institución>>.

Por lo que respecta a los sujetos que pueden cometer estas acciones delictivas, el C.P. de 1995 requiere para la realización de los tipos terroristas que el delito se cometa por personas que pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, por lo que, según el tenor literal de las normas, los delitos de terrorismo se configuran en nuestro ordenamiento como especiales porque sólo pueden cometerlos estos individuos. El D.R.A.E.¹²⁷ define pertenecer como: <<Tocar a uno o ser propia de él una cosa... ser parte integrante de ella>>, por lo que la expresión <<los que pertenezcan>> hay que entenderla, desde nuestro punto de vista, como los que estén integrados, el *intraneus*, en estas asociaciones terroristas.

La jurisprudencia se ha manifestado en este sentido, precisamente la S.A.N. 73/1997, de 27 de noviembre, define la pertenencia como ser miembro, formando parte, siguiendo sus directrices, sirviendo a los objetivos perseguidos, con vínculos estables, asumiendo la jerarquía y disciplina de la asociación delictiva. Este Tribunal entiende que queda probada la pertenencia a una banda armada, organización o grupo terrorista,

¹²⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. Asociaciones ilícitas..., op. cit., pág. 237.

¹²⁷ Diccionario de la Real..., op. cit., pág. 1123.

cuando se confiesen los hechos, cuando se forma parte de los comandos terroristas o de grupos de apoyo a los mismos, cuando se entregan aportaciones económicas periódicas e incluso cuando se facilita información útil a la asociación terrorista, conductas estas dos últimas, a nuestro parecer, más de colaboración que de pertenencia, como tendremos ocasión de constatar cuando tratemos esta figura delictiva.

Por lo que se refiere al *extraneus*¹²⁸, sujetos no pertenecientes o no integrados en la asociación ilícita que realizan su actividad delictiva con las mismas finalidades ya sabidas, la diferencia entre el colaborador y el que actúa al servicio se debe establecer en función del elemento teleológico y no por la frecuencia en la colaboración¹²⁹. Colaborador es la persona que actúa con la misma finalidad que la organización¹³⁰, siendo doctrina unánime que el sujeto activo del delito de colaboración sólo puede ser un *extraneus*; en cambio, la persona que actúa al servicio de estas organizaciones, no comparte subjetivamente su finalidad, pero se pone al servicio por precio, recompensa o promesa¹³¹, pudiendo todos llegar a ser autores, coautores o partícipes del delito¹³². El integrante o persona que pertenece a la estructura criminal es aquel sujeto que incorporado y unido a la misma forma parte de ella estando obligado disciplinariamente. El mero afiliado es igual a un socio pasivo y el miembro activo es igual a un socio cualificado, ya que, como afirma García-Pablos¹³³ al referirse a los delitos de asociaciones ilícitas que tipifican formas de participación en la empresa delictiva, <<no participa ni directa ni indirectamente en las funciones de mando, ni ejerce éstas de

¹²⁸ Y siguiendo a LAMARCA PÉREZ, C., *Delitos contra...*, op. cit., pp. 688 a 689.

¹²⁹ El colaborador, según este criterio, sería un partícipe habitual, en tanto que el sujeto que actúa al servicio realizaría su conducta de manera esporádica.

¹³⁰ El T.S., en la ya referida, Sentencia 2/1997, de 29 de noviembre, Causa Especial 840/1996, (R.J. 8535\1997), que condena a cada uno los integrantes de la Mesa Nacional de H.B. por un delito de colaboración con banda armada, se ha decantado por la acepción lingüística más propia del término colaboración: <<ayudar con otros al logro de algún fin>>.

¹³¹ Es de la misma opinión: CARBONELL MATEU, J.C. *Terrorismo*, en VIVES ANTÓN, T.S., Derecho Penal, Parte Especial, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pp. 802 y 803.

¹³² Sin embargo está en contra de esta última afirmación: CARBONELL MATEU, J.C. *Terrorismo...*, op. cit., pp. 801 y 802; y también LUZÓN CUESTA, J.M. *Delitos de terrorismo*, en Compendio de Derecho Penal, Parte Especial, Dykinson, Madrid, 1997, pág. 361.

¹³³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos en las leyes. Asociaciones ilícitas y bandas terroristas, Escritos Penales, Bosch, 1984, pág. 337. Del mismo autor, Asociaciones ilícitas..., op. cit., pág. 238, donde dice que <<el afiliado responde porque forma parte de la asociación. El *presidente*, porque la preside. El *fundador* por haberla establecido: en modo alguno porque se presume *ex lege* la participación de los mismos en el calendario delictivo de la asociación. Por eso, las penas se fijan en función de los diversos grados de pertenencia en la asociación y de responsabilidad o mando en la misma, prescindiendo de la clase o gravedad de los delitos planeados. No se imponen las mismas penas a todos los partícipes>>.

forma originaria o delegada... despliega una determinada actividad orgánica que va más allá del comportamiento propio de un simple simpatizante o afiliado>>.

Entrando en el análisis de las penas previstas para estos sujetos, hay que tener presente que las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas según el tenor literal del ordinal segundo del art. 515 están consideradas como una especie del género asociación ilícita, constituyendo el art. 516 una agravación específica para los promotores, directores e integrantes de estas asociaciones ilícitas, cuya pena es notablemente superior a la establecida para las asociaciones comunes en el artículo siguiente¹³⁴, aplicándose este precepto únicamente en los supuestos en que no pueda probarse la efectiva comisión de delitos de terrorismo.

Finalmente, hay que tener en cuenta que la pertenencia a la organización terrorista o banda armada, es también un elemento del tipo de terrorismo por lo que se vulneraría el principio *non bis in ídem* si se castigase la pertenencia a la banda u organización y la pertenencia a la asociación ilícita. Respecto a la aplicación del delito de pertenencia a asociación ilícita terrorista y conjuntamente los delitos de los arts. 571 y ss. Lamarca Pérez¹³⁵ opina que el delito de asociación ilícita de carácter terrorista es autónomo de otros tipos punibles, por lo que se debe acudir al concurso de delitos. Entendemos, en esta línea, que si se sancionase la conducta por ambos tipos penales, es decir, por los arts. 515 y cualquiera de los arts. 571 y ss., se estaría vulnerando el principio *non bis in ídem*.

Concluido el análisis general del elemento estructural u organizativo, entendemos que es necesario estudiar por separado las diferentes asociaciones terroristas que el C.P. enumera y que como sabemos son la banda armada, la organización o el grupo terrorista, para poder averiguar si son o no lo mismo y en su caso, encontrar las diferencias entre ellas, con independencia de que éstas realmente

¹³⁴ El citado art. 515 dice que: <<Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 2º. Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas>>. El art. 516 establece las penas: <<En los casos previstos en el número 2º. del artículo anterior, se impondrán las siguientes penas: 1º. A los promotores y directores de las bandas armadas y organizaciones terroristas, y a quienes dirijan cualquiera de sus grupos, las de prisión de ocho a catorce años y de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años. 2º. A los integrantes de las citadas organizaciones, la de prisión de seis a doce años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años>>.

¹³⁵ LAMARCA PÉREZ, C. *La última recepción...*, op. cit., pág. 968.

puedan ser relevantes a efectos penales, adelantando ya que efectivamente estas diferencias no son relevantes a esos efectos.

1. Banda armada.

Si consultamos el Diccionario de la Real Academia Española¹³⁶, podemos comprobar que define como banda: la <<parcialidad o número de gente que favorece y sigue el partido de alguno>> y como arma: el <<instrumento, medio o máquina destinados a ofender o defenderse>>, si bien, en su sentido jurídico, el concepto comprende también las sustancias o aparatos explosivos, exigiendo una adecuación, idoneidad o habitual utilización del mismo para la concreta finalidad delictiva para la que es usada, siendo el carácter armado un requisito de mera disponibilidad de las armas pero no es pacífico el criterio de si se precisa concurrir a la acción delictiva portando las mismas. Anteriormente señalamos que el C.P. de 1995 no define ni determina los elementos diferenciales de las bandas armadas respecto de las organizaciones y grupos terroristas, pero lo que sí hace, es distinguir estas estructuras como tales de su actividad, en la medida en que por un lado tipifica a las mismas como asociaciones ilícitas y por otro tipifica las acciones que sus miembros puedan llevar a cabo, aunque parece que el legislador ha querido que las bandas armadas sean una categoría diferente respecto a las organizaciones o grupos terroristas, al estar separadas en su enumeración en los distintos artículos, lo que nos hace plantearnos la necesidad de la distinción bien en función de las diferencias organizativas, es decir, por el elemento estructural, bien en función del elemento teleológico, es decir, por las finalidades que persigan.

La doctrina científica se ha pronunciado sobre si las bandas armadas, las organizaciones o los grupos terroristas son o no conceptos sinónimos, y si realmente no lo son, ha intentado marcar sus diferencias. Para hallar una respuesta, comenzaremos analizando estas opiniones doctrinales, en las que hay autores como Cuerda-Arnau¹³⁷

¹³⁶ Diccionario de la Real..., op. cit., pág. 182.

¹³⁷ CUERDA-ARNAU, M^a. L. Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, pág. 362. En la pág. 371 vuelve a referirse a este concepto como <<grupo permanente integrado por una pluralidad suficiente de individuos, organizado, dotado de armas de fuego o sustancias o aparatos explosivos inflamables, que, sin objetivo político alguno, persigue o provoca la subversión de la seguridad interior del Estado>>.

que definen la banda armada como un <<grupo organizado y armado, con estructura permanente, integrada por una pluralidad más o menos numerosa de personas sometidas a los principios de disciplina y jerarquía, y dotadas de armas de fuego o sustancias o aparatos explosivos o inflamables>>, así Gómez Calero¹³⁸ la concibe, de manera más sucinta, como <<“asociación” caracterizada por una organización y por la posesión de armas>> y para Rey González¹³⁹ la banda armada es la <<unión de al menos tres personas que tengan a su disposición una o más armas de fuego, o sustancias o aparatos explosivos o inflamables, de forma ilegal (o si es legal, que el objetivo de la “banda” sea la comisión de delitos con tales armas)>>, como podemos comprobar estos dos últimos autores no exigen el requisito de la permanencia, por su parte, Fernández García¹⁴⁰ delimita la banda armada en función de la finalidad con la que actúan, al decir que es <<la reunión permanente y estable de más de dos personas, las cuales, teniendo a su disposición armas de fuego, explosivos o aparatos inflamables, tratan de subvertir el orden constitucional o alterar la seguridad ciudadana>>.

Suárez-Mira Rodríguez¹⁴¹ efectúa una definición de las más extensas dentro de la doctrina con vocación de exhaustividad al afirmar que es <<la agrupación para la acción armada provista de una cierta organización de la que nacen vínculos en alguna medida estables o permanentes, presididos por la idea de jerarquía y disciplina, y con unos propósitos que se proyectan hacia acciones plurales e indeterminadas, con la finalidad de crear inseguridad y miedo colectivo con medios idóneos que la organización criminal procura normalmente (armas y explosivos), sin que se comprenda en la definición la acción realizada por miembros radicalizados de ciertas organizaciones políticas concertados para llevar a cabo actos de violencia>>, en este último inciso este autor deja fuera de este concepto los grupos que aunque organizados no llegan a constituir un ente con la suficiente entidad como para ser calificado como

¹³⁸ GÓMEZ CALERO, J. *Delitos de terrorismo*, en La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión, Comentarios a la Legislación Penal, Revista de Derecho Público, Tomo XI, Edersa, Madrid, 1990, p. 272.

¹³⁹ REY GONZÁLEZ, C. *Agravación de los delitos relacionados con banda armada o elementos terroristas o rebeldes*, en La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión, Comentarios a la Legislación Penal, Revista de Derecho Público, Tomo XI, Edersa, Madrid, 1990, pp. 28 y 29.

¹⁴⁰ FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M. *Delitos de terrorismo*, en Delitos contra el orden público, terrorismo, contra el Estado o la Comunidad Internacional, Colección de Comentarios al C.P. de 1995, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 339.

¹⁴¹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Thomson, Civitas, Madrid, 2003, pág. 638.

banda armada, pensemos por ejemplo en la llamada “kale borroka”, en cambio Aránguez Sánchez¹⁴² nos ofrece una definición escueta de banda armada al decir que <<se caracteriza exclusivamente por las armas que son empleadas en su acción violenta>>, otro autor como Serrano Gómez¹⁴³ define la banda armada como <<el grupo de personas que portan armas, que pueden ser de fuego o de otro tipo y que, en principio no hay que presumir persigan la comisión de algún delito haciendo uso de las mismas... habrá que entender por banda armada la que tenga por objeto la comisión de algún delito de los tipificados en el art. 571>> y siguiendo el criterio jurisprudencial, este profesor, realiza una enumeración de los requisitos que han de tener tanto las bandas armadas como las organizaciones, conceptos para él similares en el plano criminológico y que son: a.- por lo menos la unión de tres personas¹⁴⁴; b.- de ellos uno será el jefe (o promotor o directivo, que puede coincidir) que es quien dirige a los asociados y decide la forma de la actividad criminal; c.- cierto periodo de duración y compenetración entre sus componentes, disciplina y acatamiento a las órdenes de quien los dirige.

Por otro lado, forman parte del sector doctrinal que distingue entre banda armada, organización o grupo terrorista, autores como Muñoz Conde¹⁴⁵ al sostener que <<la banda armada es un concepto efectivamente autónomo con respecto a la organización o el grupo terrorista>> y Terradillos Basoco¹⁴⁶ para el que <<la expresión banda armada parece encerrar un concepto algo debilitado, menos exigente en la fijación de los lazos entre sus miembros que la bien estructurada organización

¹⁴² ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *Sobre los conceptos...*, op. cit., pág. 165.

¹⁴³ SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 1997, pág. 922 y también en *Derecho Penal...*, op. cit., pág. 1036.

¹⁴⁴ El número de personas no es decisivo, lo más importante es la organización y la permanencia; parece que fijar el mínimo en tres personas tal vez sea poco por no tener entidad suficiente una banda armada con tan pocos miembros, por lo que convendría estar al caso concreto en lo que se refiere al número, ya que lo importante no es éste sino la funcionalidad de la banda armada. Un número escaso de componentes parece, en principio, que sería un caso de codelincuencia.

¹⁴⁵ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, Parte Especial*, 7ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1988, pp. 596 y 597.

¹⁴⁶ TERRADILLOS BASOCO, J. *Terrorismo y Derecho, Comentario a las Leyes Orgánicas 3 y 4/1988, de Reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tecnos, Madrid, 1988 pág. 59. Sobre el carácter de armada dice, en la pág. 61, que la <<interpretación gramatical, que coincide con la teleológica: La utilización de cualquier tipo de armas sirve para calificar a la banda, siempre, que aquéllas sean objetivamente susceptibles de ser utilizadas de modo acorde con su finalidad. El adjetivo armada se refiere a la banda, no a sus miembros individualmente considerados. Se requiere, por tanto, que las armas formen parte del esquema organizativo y funcional de la entidad asociativa. No es necesario requerir la disponibilidad de las armas por parte de todos los miembros, porque la banda parcialmente armada, es también, banda armada>>.

terrorista>>. Prats Canut¹⁴⁷, por su parte, siguiendo la ya citada S.T.S. 338/1992, de 12 de marzo, (R.J. 1992\2442) opina que: <<La banda u organización terrorista se entendía que tenía una mayor entidad en tanto que buscaba la subversión del orden constitucional legalmente establecido a través de la vulneración de los derechos y libertades de los ciudadanos, por métodos violentos, inhumanos e insolidarios que en el caso de la organización terrorista implicaba la finalidad expresa de “infundir terror” a todos los niveles>> y realiza una distinción de la asociación como perseguidora de delitos de carácter común, frente a la banda armada que realiza actos terroristas, por lo que parece que establece la diferencia por la finalidad y no por el elemento estructural. López Garrido y García Arán¹⁴⁸ mantienen que <<la banda armada contiene, desde luego las notas de colectividad o pluralidad de sujetos integrantes, así como la de tener a su disposición armas de una especial aptitud lesiva. Su distinción respecto de la “organización terrorista” puede entenderse en el sentido de que para la banda no es determinante el elemento de la organización y el carácter permanente de la misma>> por lo que se fundan para la distinción, al contrario que el anterior autor, en función de elementos organizativos o estructurales y no teleológicos o finalísticos.

Por lo que respecta al análisis de la doctrina de los tribunales, el T.S. en su Sentencia de 25 de enero de 1982, (R.J. 1982\140), asegura que las bandas armadas son:

<<agrupaciones para la acción armada provistas de una cierta organización de la que nacen vínculos de alguna manera estables o permanentes presididos por unas ideas de jerarquía y disciplina, y unos propósitos que se proyectan hacia acciones plurales e indeterminadas, con medios idóneos-armamento y explosivos- que procura normalmente la organización criminal, sin que pueda comprenderse en tal definición la acción realizada por miembros de ciertas organizaciones políticas concertados para llevar a cabo violencia>>.

En esta definición aparecen las notas ya comentadas de organización (aunque al utilizar la expresión “cierta organización” parece emplear un concepto débil de organización), jerarquía y disciplina definidoras de las bandas armadas que requiere un plus centrado en que junto a la permanencia o estabilidad del grupo, posean entidad

¹⁴⁷ PRATS CANUT, J. M. *De los delitos...*, op. cit., pág. 1591.

¹⁴⁸ LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M. *El Código Penal de 1995...*, op. cit., pág. 204. Afirman que <<aunque el artículo 571 no utilice el adjetivo “terrorista” referido a las organizaciones o grupos, debe entenderse aplicable, puesto que el artículo 572 alude a “las organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior”>>.

suficiente como para originar terror, inseguridad e incidencia en la vida social; exigencia que igualmente es característica de las organizaciones o grupos terroristas.

Este mismo Tribunal en su Sentencia de 27 de mayo de 1988, (R.J. 1988\3839), define la banda armada en base a la finalidad de subversión del orden constitucional, con los requisitos estructurales de organización y permanencia:

<<conjunto o pluralidad de personas, que con idea de permanencia y estabilidad, se enfrentan al orden jurídico del Estado, siempre que tengan a su disposición, armas de defensa o de guerra, o sustancias o aparatos explosivos o inflamables>>.

En la Sentencia 338/1992, de 12 de marzo, (R J. 1992\2442), nuestro más alto Tribunal afirma que banda armada y organización terrorista o rebelde, tienen una misma finalidad delictiva y utilizan los mismos medios violentos, pero se diferencian en la objetivo expreso de infundir terror, que únicamente lo tienen las organizaciones terroristas o rebeldes (además de otra serie de características como son la entidad asociativa, la estructuración, las funciones, la pluralidad de sujetos y la estabilidad):

<<el legislador ha querido separar la asociación que se mueve en torno a la delincuencia común, de aquella agrupación armada que actúa inmersa en el mundo del terrorismo, aunque expresamente, y desde el punto de vista gramatical, banda armada y organización terrorista sean conceptos distintos pero parejos. La banda y la organización tienen una mayor entidad en tanto que buscan la subversión del orden social establecido o la derrocamiento del sistema democrático que como programación política regula el desenvolvimiento de un Estado, su presente y su futuro, y el ejercicio de los derechos y obligaciones de la ciudadanía, en cualquier caso por métodos violentos, inhumanos e insolidarios que en el supuesto de la organización terrorista o rebelde implican la finalidad expresa de “infundir terror” a todos los niveles. Ello no obstante en la práctica coinciden los procedimientos deleznales utilizados por las bandas y las organizaciones, unidas en una misma finalidad destructiva>>.

Por nuestra parte opinamos que la banda armada terrorista persigue los mismos objetivos que la organización terrorista, ya que si así no fuese, no se deberían calificar como tales, pero no estamos de acuerdo con que la organización incluya como característica propia el infundir terror como un plus de disvalor, ya que la banda armada igualmente posee este mismo fin, por lo que la distinción sería más adecuada elaborarla en torno al elemento estructural, es decir, a la entidad organizativa de las mismas y a su capacidad operativa, al contrario de lo que sucede en la selección del criterio para

distinguir las asociaciones ilícitas comunes de las terroristas, en donde hemos manifestado que la diferenciación reside en los fines que pretenden.

En la citada Sentencia 2/1998, de 29 de julio, Causa Especial 2530/1995, (R.J. 5855\1998), el Tribunal Supremo, enumera lo que a su juicio son los elementos que requiere una banda armada:

a.- <<Que exista realmente una banda, es decir, una asociación que tenga por objeto cometer delitos>> bastando para que esto ocurra <<con la unión de varios para un fin>> siempre que se dé <<una cierta duración en el tiempo o estabilidad>>. b.- <<Que tal banda sea armada, es decir, que utilice en esa actuación delictiva armamento... cuyo uso repetido, o especialmente intenso en una ocasión, puede causar alarma en la población y la alteración en la convivencia ciudadana>>. c.- <<Que se trate de grupos que por el uso del armamento que poseen o por la clase de delitos que cometen causen inseguridad en la población con tal intensidad que pueda considerarse que se impide el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios de la ordinaria y habitual convivencia ciudadana, lo que constituye uno de los presupuestos imprescindibles del orden político y de la paz social, es decir, que produzcan miedo a un grupo o a la generalidad de la población, que es el signo distintivo del terrorismo>>. d.- <<Un especial elemento subjetivo del injusto. No basta que objetivamente las acciones de la banda armada causen la inseguridad en la población... es necesario que la organización como tal tenga por finalidad crear esa mencionada inseguridad o miedo colectivo, ya sea para subvertir el orden constitucional o, sin tal subversión, alterar gravemente la paz pública, finalidad alternativa a que se refiere el art. 571 C.P.>>¹⁴⁹.

Por lo tanto, parece deducirse que para el T.S. la banda armada tendría más un objetivo político de subversión del orden constitucional, sin tener como finalidad en sí misma infundir terror, mientras que la organización terrorista tendría ese mismo objetivo político, pretendiéndolo llevar a cabo de forma más cruenta, a través de métodos que causen terror en la población. En nuestra opinión, la distinción entre bandas armadas y organizaciones o grupos terroristas, siendo estéril e inane desde un punto de vista penológico, ya que, los tipos delictivos prevén las mismas penas para los miembros de unas u otras de estas asociaciones ilícitas, cuando cometan las mismas acciones de índole terrorista, es relevante desde un punto de vista dogmático porque son conceptos jurídicos que deben quedar perfectamente determinados, para poder calificar

¹⁴⁹ En este caso, niega la Sala del T.S., que hubiesen concurrido los tres primeros elementos; se argumenta para ello que: <<Respecto del 1º, no consta que nos encontremos ante una agrupación de personas de carácter estable. En referencia al 2º, es claro que no aparece en todo el secuestro el armamento necesario para la definición del concepto de banda armada. Con relación al 3º, no puede decirse que el hecho aislado del secuestro llegara a perturbar la convivencia ciudadana por producir la alarma o miedo propios del terrorismo>>.

los diferentes entes asociativos de tipo terrorista que operan en España, como uno de estos tres elementos estructurales, es decir, banda armada, organización o grupo terrorista. En todo caso, entendemos que la diferenciación no debería realizarse por el elemento subjetivo de infundir terror, ya que éste y la alarma social son una consecuencia del delito o un efecto del mismo, no son un fin y sobre todo, no son privativos de ciertas bandas o de sus fines, sino que estarán en dependencia de los hechos que cometan. Existen actividades delictivas que no son terroristas y que pueden generar terror por diversos factores, como pueden ser su reiteración o su impunidad o que causen perjuicio a un número amplio de personas. La verdadera diferencia entre una banda armada y una organización, ambas terroristas, se encuentra, como hemos defendido, en la estructura, por los argumentos manifestados y porque el legislador las ha asimilado en la finalidad, y pretender distinguir más allá del texto legal excede de una interpretación adecuada de las normas penales. Aquí la diferencia está en ellas mismas, en su estructura y no en su finalidad, que es común para las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, separándolas del resto de asociaciones ilícitas pero a su vez uniéndolas por sus objetivos de subversión del orden constitucional o de alteración grave de la paz pública.

Sobre esta posibilidad de diferencias estructurales entre las bandas armadas organizaciones o grupos terroristas, la doctrina del T.C. se asemeja a la interpretación histórica de banda armada, en la que como dice Lamarca Pérez¹⁵⁰ <<el concepto de banda armada parece identificarse mejor con la asociación ilícita común>>. Las bandas armadas que no sean terroristas pueden actuar como las que si lo son, ya que sus acciones lesionan bienes jurídicos básicos, empleando medios especialmente violentos, provocando la alteración del orden público, pero la diferencia está en que las bandas armadas comunes no persiguen un fin político, de subversión del orden constitucional o de alteración grave de la paz pública, por lo que no se les podrá aplicar la legislación en materia antiterrorista. Esta profesora opina que la distinción entre banda armada, organización y grupo terrorista es irrelevante, importando sólo la finalidad, mientras que la jurisprudencia las distingue en base a que la primera busca la alteración de la paz

¹⁵⁰ LAMARCA PÉREZ, C. *Sobre el concepto...*, op. cit., pág. 552. Para esta profesora, como señalamos más arriba, la distinción entre asociación ilícita común, banda armada, organización o grupo terrorista, no debe realizarse en función del elemento estructural, sino que debe hacerse en torno al elemento teleológico o finalístico, debido a que la entidad de la organización girará en base a las necesidades coyunturales de la acción delictiva específica.

pública, mientras que la organización terrorista pretende la subversión del orden constitucional¹⁵¹. El problema, que presenta esta posición, es que en la práctica todas las asociaciones terroristas buscan algo más que alterar gravemente la paz pública, teniendo una finalidad que es más compleja y que se encuentra en un estadio superior a ese simple resultado, que como medio puede valerle para la realización de sus efectivos fines, pero que nunca se entenderán alcanzados por la sola alteración grave de la paz pública, es decir, una banda armada no se funda para perseguir de forma exclusiva la alteración de la paz pública, porque no es un objetivo que se pueda presentar de manera aséptica en la realidad, siempre estará contaminado por otros fines llamémosles “colaterales” o adyacentes. Si traemos a colación los trágicos atentados integristas o fundamentalistas del 11 de marzo de 2004 en Madrid, parece que perseguían la alteración grave de la paz pública, pero además también podemos afirmar que se ejecutaron para intervenir en el proceso decisorio del entonces Gobierno de España respecto a su apoyo al conflicto armado en Iraq o de toda su política frente a los países musulmanes o incluso, se ha llegado a afirmar, para incidir en el resultado de un proceso electoral democrático para la designación de los representantes políticos de la ciudadanía, por lo que efectivamente, aunque ello puede que no llegue a tener la entidad como para calificarlo de subversión del orden constitucional, parece que sí está ya en esos márgenes, porque pretender influir de esa manera en las medidas del ejecutivo o en la libre elección del legislativo, es ya subvertir el orden que establece la Constitución, como garante de la libertad de actuación y de toma de decisiones políticas. Lo verdaderamente importante a la hora de distinguir los diferentes entes asociativos dentro del fenómeno terrorista, independientemente del tipo ideológico del mismo, es la estructura y no su finalidad, que es común para las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas independientemente del signo ideológico que exhiban o del fin último que pretendan, bien sea un Estado socialista vasco o un Estado integrista fundamentalista e islámico.

¹⁵¹ LAMARCA PÉREZ, C. *Sobre el concepto...*, op. cit., pág. 555. Mantiene por lo tanto una tesis que se sustenta, al igual que en el caso anterior, en el elemento finalístico y no en el estructural.

2. Organizaciones o grupos terroristas.

Para introducirnos en la materia y como hemos venido realizando, se comenzará con un análisis semántico de estas formas de asociación terrorista. El Diccionario de la Real Academia Española¹⁵² define organización como <<conjunto de personas con los medios adecuados que funcionan para alcanzar un fin determinado>> y por grupo entiende, entre otras acepciones, <<pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto, material o mentalmente considerado>>. Como se dijo anteriormente, el C.P. no establece diferencias entre organizaciones y grupos terroristas¹⁵³, por lo que acudiremos a la doctrina científica, así Fernández García¹⁵⁴ no distingue entre organización o grupo terrorista, asimilándolas como <<la unión permanente, estable y jerarquizada de varios individuos, con independencia de que estén armados, creados con el fin de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública a través de medios especialmente violentos>>, por su parte, López Garrido y García Arán¹⁵⁵ se refieren a los elementos de distinción de la organización y de los grupos terroristas por la estructuración organizativa y la importancia del elemento permanencia, para Serrano Gómez¹⁵⁶ es suficiente la unión de dos sujetos para que se dé el grupo, que tendrá una actividad pasajera, requiriendo la organización, para este autor, tres personas, un jefe o promotor y cierto periodo de duración, García S. Pedro¹⁵⁷ dice que los <<elementos que ponen de manifiesto la existencia de una organización, un conjunto de personas con un objetivo común, con un esfuerzo combinado y con un sistema de relaciones y dependencias>>, por último, Aránguez Sánchez¹⁵⁸ dice que con <<la expresión “grupo

¹⁵² Diccionario de la Real..., op. cit., págs. 1053 y 749.

¹⁵³ CANCIO MELIÁ, M. *De los delitos de terrorismo*, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Comentarios al Código Penal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 1384 a 1395. Refiriéndose al C.P. de 1995 dice <<la definición se ha visto ampliada frente a la regulación anterior con la mención de los “grupos”, lo que parece indicar la intención del legislador de subrayar el carácter secundario de las dimensiones (al incluir al reducido “grupo” frente a la “organización”) numéricas de la estructura en cuestión>>.

¹⁵⁴ FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M. *Delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 340.

¹⁵⁵ LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARAN, M. El Código Penal de 1995..., op. cit., pág. 204. <<La organización o grupo terrorista es el concepto añadido y diferenciable respecto a la banda armada, resultando en la práctica irrelevante distinguir entre la organización y grupo, aunque, en principio, apunta el carácter permanente o no del colectivo y a su mayor o menor dimensión. Para la organización o grupo terrorista no se exige la condición de “armadas” que, aunque puede entenderse implícita en las características, no es imprescindible para atraer la calificación de los delitos hacia el terrorismo>>.

¹⁵⁶ SERRANO GÓMEZ, A. Derecho Penal, Parte Especial..., op. cit., pág. 922.

¹⁵⁷ GARCÍA SAN PEDRO, J. Terrorismo: aspectos..., op. cit.

¹⁵⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *Sobre los conceptos...*, op. cit., pág. 164.

terrorista”, el legislador ha pretendido incluir a las células o comandos que gozan de una cierta autonomía pese a estar estructurados en una organización más amplia>>.

Desde luego, e independientemente de que entendamos que la banda armada, la organización o el grupo terrorista son elementos análogos, no hay que confundir, como se manifestó anteriormente, una organización con la mera codelincuencia o coautoría¹⁵⁹, y así también lo entiende Campo Moreno¹⁶⁰ cuando afirma que <<la organización supone una vinculación o conexión entre sus miembros aunque sean ocasionales o “transitorias”, no debiendo confundirse organización, por elemental que fuere, con la simple situación de coautoría o participación. Para que se dé una organización se requiere una estructura con jerarquía en las funciones y una cierta distribución de las tareas a realizar, independientemente de que los miembros la hayan dotado de estatutos o normas internas por las que regirse, con un número de miembros que le den un carácter permanente con el propósito de llevar a cabo acciones delictivas con las finalidades sabidas, sin que puedan considerarse como tales el simple concierto ocasional para delinquir, que serían casos de codelincuencia o coautoría>>.

En todos los intentos de definición o de distinción, aparecen los mismos principios comunes, permanencia, jerarquía y organización, que diseñan una sistemática criminal como estrategia para obtener una determinada finalidad. Se podría suponer que organizaciones y grupos terroristas no son conceptos sinónimos y que cuando el legislador en el C.P. de 1995 se refiere a los grupos está pensando en los comandos, elementos que aunque están organizados no tienen la categoría de organizaciones, sino que son la estructura más simple posible de asociación terrorista. En todo caso, desde una perspectiva penológica, la polémica sobre esta distinción carece de alcance práctico en la medida en que el Código Penal no distingue, a la hora de establecer las

¹⁵⁹ Ya quedaron expuestas las opiniones doctrinales sobre esta materia, ahora sólo recordar que para LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C. Derecho Penal Español, Parte General, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 451. <<Pueden definirse como coautores los que de mutuo acuerdo realizan conjuntamente un hecho. También puede definirse como una pluralidad de sujetos que se reparten funcionalmente la ejecución de un hecho. En estas definiciones se recoge un elemento objetivo: la realización conjunta del hecho como propio; y otro subjetivo: el mutuo acuerdo colectivo. Si éste no se diese, se estaría ante autorías independientes>>. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Parte General, Civitas, Madrid, 1988, pág. 204, define la coautoría como la <<realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente>>.

¹⁶⁰ CAMPO MORENO, J. C. Represión penal..., op. cit., pág. 35. En la pág. 42 explica que <<el tipo penal requiere que se trate de una asociación con estructura de organización y armada, ya que en su acepción más rígida de organización, ya en el más flexible, del grupo terrorista o banda armada, pues en todos los casos se ha de obtener las notas de permanencia, jerarquía y organización>>.

correspondientes penas, entre los hechos delictivos de índole terrorista llevados a cabo en el seno de una organización terrorista, de los mismos hechos perpetrados por miembros de un grupo terrorista. Esta falta de trascendencia práctica no justifica que el legislador, al no entrar a definir las organizaciones y los grupos terroristas, haya dejado de realizar una labor más completa y acorde con los principios informadores del Derecho Penal, tarea que sin duda hubiese supuesto un avance considerable en la perfección en la tipificación de estos delitos.

A modo de conclusión, se hace preciso tomar posición en el sentido de manifestar que el legislador al considerar como delito de terrorismo tanto los cometidos perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con una banda armada, organización o grupo terrorista y los realizados al margen de elemento estructural alguno ha hecho que cobre especial relevancia el elemento finalístico, aunque desvirtuado por la introducción de una nueva finalidad, que le hace perder su esencia meramente política. Por otro lado, la falta de definición de los conceptos de banda armada, organización o grupo terrorista es contraria al principio de legalidad penal y en todo caso, su distinción con otro tipo de asociaciones ilícitas estaría en función de la naturaleza de la finalidad que persiguen, independientemente de la organización, del número de integrantes o de su carácter armado.

La distinción entre la banda armada, la organización o el grupo terrorista se debiera realizar atendiendo a que la banda armada tendría una estructura más débil que la organización o el grupo terrorista, que poseen un número mayor de integrantes, una organización altamente estructurada, con más estabilidad en el tiempo y mejores armas, lo que determinaría una capacidad superior de lesión de los bienes jurídicos protegidos, por lo que el legislador debería haber barajado la posibilidad de prever penas distintas en los delitos de integración en banda armada, organización o grupo terrorista en función de las mismas, es decir, parece que el sujeto que está integrado en una banda armada merecería menor pena que el sujeto que está integrado en una organización terrorista, en la medida en que la banda armada al ser un ente más débil estructuralmente con menor vocación de permanencia y menor número de miembros. Así, cuando el art. 515 enumera las asociaciones ilícitas en el ordinal segundo el legislador debería haber definido lo que es una banda armada, una organización y un grupo terrorista, ateniéndose a los criterios apuntados e incluso otros que aunque no se

nos ocurren podrían formar parte de la definición de estos entes estructurales; pasando posteriormente en el artículo siguiente a determinar la penalidad, como bien lo hace, en función de la cualidad del sujeto dentro de la banda armada, organización o grupo terrorista, es decir, en función de si es promotor, director o mero integrante, y además en función de la cualidad del elemento estructural, cualidad que viene determinada por la menor gravedad cuando se trata de una banda armada, por las razones expuestas ut supra y que creemos válidas para la definitiva separación de estos conceptos que no deberían ser sinónimos a la hora de establecer las penas, ya que donde se puede distinguir se debería hacerlo, por mandato del principio de taxatividad de las normas penales y de proporcionalidad de las mismas, al tener un menor contenido de reprochabilidad el estar integrado en una banda armada, que en un grupo terrorista, ya que lesiona en menor medida el bien jurídico protegido en este delito de pertenencia o integración en una estructura terrorista.

La distinción entre organización o grupo terrorista se nos antoja más sutil, por lo que nos decantamos por la prudencia en el sentido de entender que entrar en la misma supondría tanto desde la perspectiva teórica como la práctica, topar con obstáculos insalvables, ya que de lo apuntado más arriba se hace difícil deslindar los conceptos de manera clara, observando los principios de taxatividad y consiguientemente de proporcionalidad, al no quedar acreditado en que componentes podemos basar las definiciones y que estas no tengan lugares comunes. No encontramos apenas diferencias, ni en el Diccionario de la Real Academia Española, ni en la doctrina científica, lo que nos lleva a plantarnos el reconocimiento de la imposibilidad por lo menos por nuestra parte de distinguir eficazmente los términos, sin divagaciones filosófico-jurídicas. Por ello abogamos por la posición del legislador de emplear los términos como sinónimos aunque sea desde la perspectiva penológica, ya que si imaginamos un escenario en la legislación penal donde se distinguiera estos términos, en la práctica se haría casi imposible, para el operador jurídico, su aplicación en el sentido de saber si estamos ante una organización o un grupo terrorista, aunque siempre es posible entender por grupo terrorista lo que sería la célula o el comando, es decir una pequeña agrupación de personas, dos o más, que presentan cierta unión temporal, no necesariamente con vocación de permanencia, para la realización de uno o varios actos terroristas; siendo la organización una unión de varias personas, estructuradas jerárquicamente, con vocación de permanencia, para la realización de una actividad

terrorista dilatada en el tiempo para la consecución de unos objetivos de carácter político fijados previamente, no obstante sin perjuicio de su posible modificación en función del transcurso del tiempo y de los cambios sociales y políticos, así como de la renovación circunstancial o generacional de sus miembros.

CAPÍTULO SEGUNDO: LOS DELITOS DE TERRORISMO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995.

I. Introducción.

Al aproximarnos al estudio de los diferentes tipos penales de terrorismo lo primero que observamos es que son tipos pluriofensivos¹⁶¹, en los que el bien jurídico protegido va más allá de lo individual. Si bien es cierto, que con las acciones terroristas se lesionan bienes jurídicos individuales, también es cierto, que se lesionan bienes jurídicos supraindividuales o colectivos. El legislador, por lo tanto, está protegiendo diferentes bienes jurídicos dentro de los mismos tipos, y ello es así, porque las diferentes actividades terroristas se llevan a cabo de tal forma que vulneran distintos intereses como son, en unos casos, bienes jurídicos de un único individuo, como su vida, su integridad o su libertad, y en otros, bienes comunes a toda la sociedad como el orden constitucional o la paz pública¹⁶².

Pero no debemos olvidar, que aunque los delitos terroristas lesionan los bienes jurídicos más importantes a nivel individual y colectivo, creando en los ciudadanos una gran alarma y un sentimiento de inseguridad, de ansiedad, de preocupación o de malestar, en definitiva una sensación de falta de protección y de consiguiente miedo, que les llevan a reclamar las respuestas punitivas más duras posibles, el Estado sólo puede intervenir observando de manera escrupulosa, los principios de legalidad, de intervención mínima y de última ratio, sin dejar al margen, los principios de proporcionalidad, de racionalidad y de humanidad de las penas, así como su carácter resocializador. De la misma manera es importante subrayar que el Estado deberá al mismo tiempo observar los principios de lesividad, de taxatividad y de certeza o determinación de las normas penales. Por último, dentro de esta enumeración de principios penales, el *non bis in ídem* debe ser igualmente respetado, no sancionando

¹⁶¹ COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M. Derecho Penal Español, Parte Especial, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 1125.

¹⁶² LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos contra...*, op. cit., pág. 710.

dos veces un mismo hecho, es decir, quedando totalmente prohibida la duplicidad de sanciones penales¹⁶³.

Los sujetos activos de estos delitos son los que pertenecen, actúan al servicio o colaboran con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Siendo los sujetos pasivos los titulares de los bienes jurídicos protegidos, que en su vertiente colectiva, son el Estado y la sociedad en su conjunto; y en su vertiente individual, cada uno de los titulares del bien jurídico atacado, como son la vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio, etc.

La conducta típica viene constituida por las acciones descritas en los arts. 571 y ss. del C.P., ejecutadas por los sujetos que pertenecen, actúan al servicio o colaboran con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, como verdadero elemento subjetivo del injusto que ha de ser abarcado por el dolo del autor, pudiendo consistir esta conducta típica en estragos, incendios, homicidio, lesiones, amenazas, secuestro, depósito de armas, robo, etc., si bien, dirigida a la consecución de uno cualquiera de los móviles anteriores.

Para la doctrina científica, los delitos de terrorismo no son tipos penales autónomos, ya que se sancionan una serie de acciones que perfectamente son subsumibles en los tipos comunes con distintos bienes jurídicos protegidos¹⁶⁴; si bien, también ha afirmado, que: <<El terrorismo no es una circunstancia cualificativa del delito común sino un tipo penal en sí mismo, pues, la finalidad, “provocar terror”, se eleva a la condición sustantiva de infracción penal. Como circunstancia cualificativa de los delitos comunes, el terrorismo no es un delito material o sustantivo. Su noción está desvinculada a la de “delincuencia terrorista”, esto es, es una especial forma de

¹⁶³ DE SOLA DUEÑAS, A. *Delitos de terrorismo y tenencia de explosivos*, en Documentación Jurídica, Gabinete de Documentación y Publicaciones, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, vol. 2, nº. 37-40, enero-diciembre de 1983, pág. 1241, señala que: <<Abordar desde el Derecho penal la problemática del “terrorismo” no debe traducirse tan sólo en una multiplicación de penas que, por lo demás, tiene dudosa efectividad frente a los que las vayan a sufrir. Si acaso se satisfacen momentáneamente sentimientos sociales muy primarios. La eficacia penal se consigue ante todo mediante la claridad y la seguridad acerca de lo que se protege y cómo se protege... se ha de huir de excesivas generalizaciones y cláusulas abiertas, a las que, no obstante, conduce casi inevitablemente una actitud que pretenda marcar a toda costa una línea divisoria rígida entre el “terrorismo” y la otra delincuencia>>.

¹⁶⁴ CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J. A. Derecho Penal, Parte Especial, op. cit., pág. 1232.

comisión de los delitos comunes>>¹⁶⁵, y en el Código Penal vigente, el terrorismo, aun cuando se configura bajo unos concretos tipos penales, arts. 571 a 580, sigue conservando su carácter de cualificación de otros delitos. Los delitos terroristas en el C.P. son delitos cualificados por la finalidad, o por la pertenencia a la banda armada, concebido así, como circunstancia cualificativa de los delitos comunes, el concepto jurídico de terrorismo excede del propio de un tipo penal concreto para predicarse de varios, por lo que al no ser un tipo penal concreto no hay un delito terrorista, sino que cualifica de modo singular diversos tipos penales comunes.

El análisis que vamos a realizar de los delitos de terrorismo, seguirá el mismo orden sistemático que ha establecido el legislador en el Código Penal vigente de 1995, sin olvidar las posteriores modificaciones que afectan a esta materia, como son la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre o la Ley Orgánica 2/2005, de 22 de junio. La finalidad de mantener este criterio en la exposición, atiende a una mayor facilidad en la explicación y en la consulta de esta obra, así como para resaltar que no nos parece desacertada la sistemática que emplea el legislador en materia de terrorismo, sin embargo, como después se verá, era del todo factible y lógico, desde la perspectiva del bien jurídico protegido de estos delitos, haberlos incluido en el Título XXI, del Libro II, <<Delitos contra la Constitución>>, porque cuando se realizan estas acciones se hace con el objetivo de intentar subvertir el orden constitucional o de lesionar la paz pública, auténtico resultado, éste último, de la actividad terrorista, por lo que el bien jurídico protegido es la propia Constitución Española de 1978; sin embargo, el legislador ha ubicado los delitos de terrorismo en la Sección 2ª, del Capítulo V, del Título XXII, del Libro II, del Código Penal, dentro de los <<Delitos contra el orden público>>.

¹⁶⁵ Realiza una clasificación de las conductas de terrorismo: <<La legislación antiterrorista distingue por lo general tres grandes grupos de conductas delictivas: las materialmente terroristas, que son aquellas que están directamente encaminadas a lesionar los bienes jurídicos fundamentales, tales como la vida, la libertad personal y la integridad corporal; las estructuralmente terroristas, cuya peligrosidad consiste en la existencia y el fortalecimiento de la organización interna del grupo terrorista, tal como es la pertenencia a la banda; y las funcionalmente terroristas, que son aquellas que consisten en la colaboración material o anímica (apología) con la banda terrorista>>. MARTÍNEZ-CARDÓS, L. *El terrorismo: aproximación...*, op. cit., pp. 485 y 486.

Una de las novedades, respecto a la legislación anterior¹⁶⁶, es la recuperación el *nomen iuris* <<terrorismo>>, retorno a una posición por parte del legislador, que nos parece acertada, en tanto que es adecuado llamar a los delitos por su nombre, y en este caso, tanto jurídicamente como usualmente, se conoce con este nombre a este tipo de acciones ejecutadas para infundir terror o para cambiar el orden político establecido; por lo demás, pocos cambios se observan, aparte de realizar, como dice Lamarca Pérez¹⁶⁷, una tipificación expresa de los delitos de terrorismo, técnica que no es extraña en nuestra legislación histórica sobre la regulación de esta materia.

Una vez hechas las anteriores precisiones, que nos ayudarán a la comprensión de los delitos que nos ocupan, podemos iniciar sin más dilación la exposición y análisis de los mismos, con la misma sistemática del C.P. por los motivos antes apuntados.

II. Tipos de riesgo catastrófico.

Los llamados por la doctrina científica tipos de riesgo catastrófico, es decir, delitos de daño material y peligro para las personas, se encuentran en el C.P. de 1995 en el art. 571, donde se sancionan como cualificadas las tradicionales conductas contra la seguridad colectiva y de riesgo catastrófico, que tanto han utilizado los sujetos terroristas, consistentes en estragos e incendios de los tipificados en los artículos 346 y 351, ejecutadas por sujetos que actúan al servicio o colaboran con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública; por lo que la acción, se lleva a cabo por los individuos que integran estas asociaciones delictivas, configurándose, a tenor de la

¹⁶⁶ Para un estudio comparado de la legislación antiterrorista en el C.P. derogado y en el actual *vid.* CLIMENT DURÁN, C. y PASTOR ALCOY, F. El nuevo y el viejo Código Penal. Comparados por artículos, con jurisprudencia básica, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1998, pp. 351 a 354.

¹⁶⁷ LAMARCA PÉREZ, C. *Delios contra...*, op. cit., pp. 705 y 706. <<En todo caso, y aunque a primera vista parezca que se ha producido un cambio frontal en la respuesta jurídica al terrorismo lo cierto es, como ahora veremos, que la nueva regulación no ofrece tantas variaciones... la noción de banda armada y la finalidad de subversión del orden constitucional constituyen los elementos nucleares para la definición del terrorismo y de los delitos comunes de homicidio, lesiones, secuestros, etc., se mantienen como la forma ordinaria de exteriorización de este fenómeno; el tradicional tratamiento agravatorio aparece una vez más combinado con una estrategia de atenuación para los terroristas arrepentidos habiéndose experimentado una fuerte elevación de las penas tanto respecto a la legislación precedente como a los anteriores proyectos de Código Penal>>. Estamos de acuerdo con ella, en que la regulación de los delitos de terrorismo efectuada en 1995, no ha venido a suponer grandes cambios en la política criminal del Estado contra este fenómeno, salvo la notable exasperación penológica.

doctrina, como un delito especial impropio, por existir otros delitos similares en otras partes del C.P. que se pueden realizar al margen de dichas entidades terroristas, con la realización de explosiones, incendios o con el empleo de cualquier otra forma de parecida capacidad destructiva¹⁶⁸.

En la conducta de estragos deben concurrir las circunstancias del art. 346, es decir, la gravedad y el efectivo peligro de los medios empleados, la constatación del riesgo producido en las personas y la importancia de los daños causados¹⁶⁹. Estos conceptos requerirían ser delimitados acorde con el principio de certeza jurídica, para que no aparezcan como imprecisos; en principio, por lo que respecta a la gravedad y el efectivo peligro de los medios empleados, son conceptos jurídicos indeterminados, por su carácter valorativo sin sujeción a criterios normativos, quedando a discreción del juzgador su evaluación en cada proceso concreto, en todo caso, se representa como un supuesto claro la utilización de explosivos, refiriéndose el art. 346 a cualquier otro medio de similar potencia destructiva¹⁷⁰, por lo que debe probarse el efectivo daño producido en las cosas, que ha de ser de entidad suficiente, no un simple deterioro de carácter mínimo, así como que ha habido un concreto peligro para la seguridad de las personas, que debe acreditarse, no siendo aceptable su mera suposición, sino que incumbe a la acusación su prueba.

Estos requisitos han sido también exigidos por la jurisprudencia, así en la Sentencia 1767/2001, de 8 de octubre, (R.J. 2001\8255), el T.S. no ha lugar al recurso de casación contra la Sentencia de la A.N. 26/2000, de 3 de julio, (R.J. 2001\2566), haciendo una valoración de los hechos probados por los que entiende que indudablemente concurren los requisitos de gravedad y efectivo peligro de los medios empleados, ya que:

<<en el momento de ocurrir los hechos, funcionarios adscritos a la Brigada Provincial de Seguridad Ciudadana, apoyados por la Policía Municipal, procedieron a establecer un dispositivo de seguridad, dando aviso a los vecinos del inmueble para que no se asomasen a las ventanas. La explosión

¹⁶⁸ MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial..., op. cit., pág. 530.

¹⁶⁹ GONZÁLEZ RUS, J. J. *Delitos contra la seguridad colectiva*, en COBO DEL ROSAL, M., Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, Marcial Pons, Madrid, 1997.

¹⁷⁰ HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R. *De los delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 4876. Para este autor, pueden encajarse en la expresión <<“utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva”, los estragos en automóviles privados, el coche-bomba, el teléfono-bomba, la carta-bomba, el bolígrafo-explosivo, la bicicleta-bomba, etc>>.

del artefacto se produjo antes de que se efectuara su desactivación... la onda expansiva del artefacto en cuestión pudo alcanzar a la fuerza policial existente en el lugar y a los moradores de las viviendas a través de la rotura de los cristales del edificio. Peligro que, en este supuesto tuvo concretas consecuencias>>.

Para el Tribunal Supremo, por lo tanto, la colocación de un artefacto explosivo y su posterior estallido, encontrándose cerca personas, es bastante como para aplicar este art. 571, en relación con un delito de estragos del artículo 346 del Código Penal, por concurrir estas dos circunstancias de gravedad y serio peligro que en el caso enjuiciado se concretó en daños en el inmueble, lo que para el juzgador supone la puesta en peligro de la integridad de las personas que allí se encontraban, no siendo necesario verificar nada más, por lo que en situaciones en que la zona esté bajo control policial y haya sido desalojada, si en el lugar se encuentran únicamente artificieros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado también se aplicaría este tipo, incluso aunque estuviesen procediendo a desactivar el aparato explosivo mediante un robot dirigido a distancia, aspecto que puede resultar polémico en la medida en que en este caso no se verificaría el peligro para las personas, sino únicamente para los medios materiales. Entendemos que esto supondría hacer una interpretación forzada de los hechos probados, para llegar a la conclusión de que se ha producido un peligro en las personas, una vez probado que ha concurrido un daño grave en las cosas, cuando en realidad únicamente se ha constatado éste último. Abogamos por la prudencia por parte del juzgador, a la hora de calificar estas conductas, para una buena aplicación del Derecho.

También la A.N. en su Sentencia 136/06, de 15 de febrero, (R.J. 2006\1782), exige la concurrencia de estas dos circunstancias, concibiéndolo como un delito de resultado y de peligro, debiendo quedar este riesgo para las personas abarcado por el dolo del autor, incluso de manera eventual, al afirmar que:

<<El tipo delictivo de estragos contemplado en el art. 346 CP se nuclea en torno a dos condiciones: la utilización de medios de gran poder destructivo capaces de causar la destrucción de determinadas instalaciones o los específicos efectos que se expresan en el precepto, y -como novedad del tipo vigente-, la creación de un peligro para la vida o integridad de las personas, que debe encontrarse ínsito en la acción («comportaren necesariamente», especifica el precepto). Se trata, pues, de un tipo mixto de resultado (daños materiales) y de peligro (de la vida o integridad), generado éste, precisamente, por la acción destructiva, siendo necesario que el riesgo de muerte o lesiones para las personas esté abarcado por el dolo del autor, al menos a título eventual. Por lo demás, es claro que este delito admite formas imperfectas de ejecución, como la tentativa, acabada o inacabada>>.

Pensamos que cuando se refiere el precepto a que los estragos comportaren necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas, está determinando, que si sólo se producen daños patrimoniales, sin que se pueda constatar el efectivo peligro, no se podrá aplicar este tipo, por lo que se debería subsumir la conducta en el art. 266 como un delito de daños cometidos mediante incendio o provocación de explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, o poniendo en peligro la vida o integridad de la personas; pero obviamente, cuando no concorra la finalidad de alterar gravemente la paz pública o subvertir el orden constitucional, porque cuando concorra alguno de estos elementos subjetivos del tipo o del injusto, que son los de la organización y que deben ser abarcados por el dolo del sujeto terrorista, habrá que calificar la conducta, no sin algún problema como vamos a comprobar, como constitutiva del art. 573, del art. 574 o del art. 577 -si el sujeto no pertenece a una banda armada, organización o grupo terrorista- es decir, no está integrado en ninguna de estas asociaciones delictivas y por lo tanto actúa al margen de ellas, por lo tanto, cumpliría con los elementos del tipo del llamado terrorismo individual, en relación con un delito de estragos del art. 346 ó de incendio del art. 351, siempre que concorra el concreto peligro para las personas, aunque, es cierto, que estos tipos comunes pueden alterar gravemente la paz pública, lo que plantearía un problema en orden a su distinción con los delitos del art. 571.

Si se produce esta situación de peligro para la vida e integridad de las personas, aunque el daño haya sido exiguo en cuantía económica, como por ejemplo, una alteración en las señales de la vía férrea, será posible aplicar el tipo del art. 571, entrando en juego el art. 574 ó el 577, en función de que el sujeto actúe al servicio o pertenezca a una asociación terrorista o lo haga de manera individual, pero habrá que tener en cuenta, que el art. 574 es un tipo subsidiario, o lo que es lo mismo, una cláusula residual de daños, en la medida en que se subsumirán en él las conductas de daños patrimoniales que llevadas a cabo en el seno de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas y con las finalidades sabidas, no fuere posible calificarlas como constitutivas del art. 571, por no producirse el efectivo peligro para las personas, o del art. 573 por no haber utilizado los medios que enumera.

Nos parece que estos tipos no permiten otra interpretación posible, lo que nos lleva a realizar una crítica, en el sentido en que apreciamos una incoherencia por parte del legislador en esta regulación, es decir, creemos factible la posibilidad de que no se produzca el riesgo para las personas y sí los daños materiales, entonces los hechos serían subsumibles en el art. 573, por ser la acción una simple colocación o empleo de sustancias explosivas, o bien calificarse como constitutivos del art. 574, precepto configurado como cláusula residual, es decir, subsidiario; así lo ha manifestado, Conde-Pumpido Ferreiro¹⁷¹, para el que: <<El problema que plantea la remisión utilizada en este artículo es que los estragos (art. 346) como los incendios (art. 351) exigen como elemento del tipo que la acción “comporte necesariamente un peligro para la vida o la integridad de las personas”, y faltando tal peligro el hecho se degrada a unos simples daños. Y entre los actos terroristas cometidos con explosión o elementos incendiarios los hay que por la clase de bien atacado no comportan riesgo para la vida o la integridad de persona alguna, aunque sí producen la finalidad de alterar la paz pública y alarmar a la población... en esos casos falta el elemento de remisión y el acto no puede ser tipificado como terrorista, conforme a este tipo>> y continúa sobre esta línea, <<la mera tenencia del explosivo o sustancia inflamable o incendiaria, está penada “per se” como delito terrorista en el art. 573, por lo que para evitar la levedad de la pena del delito de daños habrá que prescindir del principio de consunción, según el que el delito más desarrollado asume el estadio delictivo previo (art. 8.3º) y aplicar, bien la alternatividad del art. 8.4º C.P., castigando la tenencia, más grave, y no los daños, más leves, o bien acudir a la regla del art. 77 sancionando la tenencia como medio para los daños>>, solución que propone para salvar la incoherencia legislativa, pues de otro modo, la sanción como delito de terrorismo de la realización por parte del sujeto activo de provocación de explosiones o de incendios en que efectivamente no se haya puesto en peligro la vida o integridad de las personas, pero se han producido daños, supondría una incongruencia, porque la regulación de los daños del art. 266.1, en relación con los estragos e incendios -de la que se tratará más adelante al estudiar el terrorismo individual- remite a los tipos de estragos del art. 346 e incendios del art. 351.

Por su parte la jurisprudencia de la A.N., en la ya citada Sentencia 136/06, de 15 de febrero, (R.J. 2006\1782), señala la existencia de un concurso real de delitos en

¹⁷¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura, Parte Especial, Colex, Madrid, 2004, pág. 576 y 577.

estos casos en los que además de daños materiales se ocasionen lesiones o la muerte de personas, aseverando que:

<<El número 3º del precepto establece que en el caso de que el riesgo mencionado se realice de manera que junto a la destrucción del objetivo, la acción típica produzca un resultado efectivo de lesión o muerte de las personas, estos resultados serán sancionados separadamente con la pena propia del delito que constituyen tales resultados contra la vida o integridad de las personas, es decir, creándose por voluntad del legislador una situación de concurso real de delitos>>.

El art. 346¹⁷² enumera una serie de inmuebles y cosas que son los elementos sobre los que recae la acción típica, configurándose como objetos materiales del tipo delictivo¹⁷³, siendo los daños en los mismos, el resultado del delito. Si se produce un delito de estragos, sobre otro tipo de inmueble u otra cosa, no es posible aplicar el tipo por analogía en el objeto material, convirtiéndose en una enumeración exhaustiva¹⁷⁴; pero en estos delitos hay un concepto que es preciso que determine el operador jurídico, que es el de edificio o local abiertos al público, ya que el legislador no los ha definido en el C.P., aunque curiosamente ha establecido lo que considera como dependencias de los mismos en el art. 241.3.

La Audiencia Nacional en alguna sentencia, a nuestro parecer realizando una interpretación excesivamente amplia, ha llegado a incluir, en este concepto, la sala de una entidad financiera o de crédito donde se encuentra instalado un cajero automático¹⁷⁵; aunque creemos que en todo caso, un local público será aquel destinado a cualquier servicio oficial, militar o civil, o bien adscrito a ellos, ora pertenezca al Estado, ora a una administración autonómica o municipal, ora a un ente público cualquiera, además de los domicilios de personas físicas o jurídicas abiertos al público, independientemente de su titularidad pública o privada, en el que concurran o puedan concurrir un gran número de personas, así como sus dependencias, entendidas, desde nuestro punto de vista, en el sentido del art. 241.3, es decir, sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con

¹⁷² La L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, ha añadido la <<perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental>>.

¹⁷³ Para el estudio de este objeto material, GARCÍA ALBERO, R. *De la tenencia, tráfico, y depósito de armas, municiones o explosivos*, en QUINTERO OLIVARES, G. y VALLE MUÑIZ, J.M., Comentarios al Nuevo Código Penal, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 2204 y ss.

¹⁷⁴ De esta opinión es GONZÁLEZ RUS, J. J. *Delitos contra...*, pág. 109.

¹⁷⁵ S.A.N. 49/1998, de 3 de diciembre.

él, y con el cual formen una unidad física. Cabría plantearse si es necesario que los hechos acaezcan en horario de apertura al público o si esto no es preciso, decantándonos por esta segunda opción, por ser más acorde con el sentido del precepto y con la jurisprudencia¹⁷⁶, aunque hay doctrina que considera la primera opción como la más acorde con el espíritu del precepto¹⁷⁷.

Respecto a la cuantía de los daños para la jurisprudencia puede ser mínima, lo que es importante y a lo que hay que atender es al riesgo colectivo por los medios utilizados, como podemos comprobar en la Sentencia de 25 de septiembre de 1987, (R.J. 1987\6639), en la que el T.S. afirma que:

<<sobre el fondo de índole patrimonial que tiene el delito de estragos,... se ha alzaprimado su carácter de riesgo colectivo o comunitario,... atendiendo más al daño potencial, ínsito en el mismo, que al resultado dañoso, el cual puede devenir en mínima cuantía por razón de la menor eficacia del medio o por causas ajenas al propósito de los autores>>.

Lo que sucede en la realidad, es que normalmente la importancia y cuantía de los daños estará en relación directa con el riesgo producido, por lo que se nos representa como difícil una situación de riesgo elevado para las personas y la producción de daños mínimos, o la situación inversa de riesgo mínimo y daños elevados, aunque ambas sean efectivamente posibles.

En lo concerniente a las conductas de incendios, nos remite el precepto al art. 351, donde aparecen configuradas por el verbo típico provocar un incendio, es decir, según el D.R.A.E.¹⁷⁸, quemar un objeto hasta su destrucción o deterioro, produciendo una situación de peligro para las personas, por lo que será típica la conducta de prender

¹⁷⁶ S.T.S. 848/2004, de 2 de julio, (R.J. 2004\4846), caso Hipercor, que confirmó la de instancia de la A.N. de 23 de julio de 2003.

¹⁷⁷ Por todos, MESTRE DELGADO, E. *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*, en LAMARCA PÉREZ, C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Colex, Madrid, 2001, pág. 242.

¹⁷⁸ Diccionario de la Real..., op. cit., pág. 813. El mismo significado le asigna la S.T.S. de 21 de diciembre de 1984, (R.J. 1984\6595). Igualmente MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal. Parte Especial..., op. cit., pág. 537. Sobre la puesta en peligro de bienes personalísimos: PRATS CANUT, J. M. *De los incendios*, en Comentarios al nuevo Código Penal, dirigido por QUINTERO OLIVARES, G., y coordinados por VALLE MUÑIZ, J.M., Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 1586 y ss.

una cosa que aunque su destino sea el de arder, se incendie de tal forma que se ponga en peligro la vida de personas, porque la combustión se produjo cuando ésta no estaba prevista. La efectiva aplicación de este tipo requiere, por consiguiente, que el juzgador deba tener en cuenta las circunstancias de lugar, tiempo y la seria posibilidad de que afecte a las personas¹⁷⁹, pero siendo irrelevante que el incendio tenga escasa gravedad, si efectivamente se produjo el peligro¹⁸⁰. Para entenderse realizado el tipo, tiene que comenzar a arder la cosa o el objeto, o lo que es igual, que la combustión se produzca de forma independiente, no bastando con que arda el elemento del que se vale el sujeto activo para prender fuego a la cosa u objeto que quiere quemar. Si sólo llega a producirse el daño a la cosa, y no llega a ocasionarse el peligro para las personas, la conducta habrá que calificarla como un delito de terrorismo del art. 573, o si esto no es posible, y en todo caso, subsumir la acción en el art. 574, por el carácter residual de este precepto, adoptando la misma solución que en el delito de estragos para salvar la incoherencia legislativa en esta materia.

Por lo tanto, podemos afirmar con mayor rotundidad que al inicio de este epígrafe, que estamos ante un tipo pluriofensivo, lo que ha llevado a los tratadistas a aseverar que, además de la finalidad terrorista de agresión al orden constitucional o a la paz pública, está formado por el ataque a la propiedad, que se concreta en los daños materiales ejecutados de forma destructiva, cuyo bien jurídico protegido es el patrimonio y el ataque o puesta en peligro de la vida o integridad de las personas, verdadera *ratio* del precepto¹⁸¹, sin obviar el bien jurídico protegido común a todos los delitos de terrorismo.

Para la realización de este tipo delictivo, se precisa dolo directo o eventual, no cabe la imprudencia grave, además de la finalidad alternativa de subvertir el orden constitucional o la de alterar gravemente la paz pública¹⁸², configurándose como un

¹⁷⁹ S.T.S. 1237/1998, de 24 de octubre, (R.J. 1998\8321).

¹⁸⁰ S.T.S. de 10 de octubre de 1986, (R.J. 1986\5588).

¹⁸¹ POLAINO NAVARRETE, M. *Delitos de terrorismo...*, op. cit., pp. 903 y 904.

¹⁸² Únicamente reseñar aquí, ya que quedó suficientemente analizada esta materia, a PRATS CANUT, J. M. *De los delitos de terrorismo*, en QUINTERO OLIVARES, G., Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 2207, para el que: <<No basta con alterar el orden, es preciso que la alteración mediante, esas u otras de las diversas formas comisivas que se prevén en la definición legal de los delitos de terrorismo, se ejecuten con el ánimo específico de alterar la paz pública, o el orden constitucional>>. Añade en la pág. 2209: <<No puede presumirse la alteración del orden constitucional y la paz pública, sino que es necesario ponderar todos los elementos propios del hecho analizado, a saber la realización de un delito común, en relación al cual el autor proclama unas

verdadero elemento subjetivo del tipo de tendencia interna intensificada, denominación utilizada por la doctrina para caracterizar aquellos delitos en los que el sujeto activo, no buscando un resultado ilícito que esté más allá de las acciones típicas, realiza éstos confiriéndoles un especial sentido subjetivo. Este dolo del autor debe abarcar el empleo de los medios utilizados para provocar un grave daño, que por su idoneidad para destruir producirá además un riesgo para las personas. Entendemos que el sujeto activo debe tener en su ánimo, el poner en peligro la integridad o la vida de las personas, siendo una prueba del mismo la utilización de medios tan peligrosos y dañosos como son la realización de explosiones o la provocación de incendios, no obstante, no es necesario que el sujeto tenga ánimo de lesionar o matar porque entonces estaríamos en el ámbito típico del art. 572, que de no producirse el resultado formaría parte de la tentativa.

La configuración típica se nos presenta, en este art. 571, como de peligro y de resultado:

- De peligro, porque supone que es preciso que se ponga en riesgo la vida o la integridad de las personas en un número indeterminado, aunque creemos que no necesariamente colectivo, no habiendo acuerdo, si es de peligro concreto o abstracto¹⁸³; no siendo necesario que el peligro se produzca sobre una persona determinada, sino que éste sea superior al que supondría emplear simplemente los medios dañosos, por lo que es preciso, la prueba de los mismos para cada caso concreto y no la mera suposición por los daños causados o por el lugar y tiempo en que se han verificado estos estragos, por lo que nos posicionamos de parte de la doctrina que lo considera de peligro concreto.

- Y de resultado, porque se requiere, de forma ineludible, la destrucción, incendio o el trastorno de las cosas o inmuebles enumerados en los arts. 346 y 351, a saber, aeropuertos, puertos, estaciones, edificios, locales públicos, depósitos que contengan materiales inflamables o explosivos, vías de comunicación,

finalidades, las cuales deben de cohonestarse con la vulneración de derechos fundamentales que en la práctica se han producido>>.

¹⁸³ MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial..., op. cit., pág.530, se decanta por clasificar el delito como de peligro concreto. De forma distinta en la S.T.S. 1237/1998, de 24 de octubre, (R.J. 1998\8321) se declara que es un delito de peligro abstracto, general y comunitario ya que no exige un resultado de peligro para concretas personas.

medios de transporte colectivos, o la inmersión o varamiento de nave, inundación, explosión de una mina o instalación industrial, levantamiento de los carriles de una vía férrea, cambio malicioso de las señales empleadas en el servicio de ésta para la seguridad de los medios de transporte, voladura de puente, destrozo de calzada pública, perturbación grave de cualquier clase o medio de comunicación, perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental. El Tribunal Supremo¹⁸⁴ mantiene que es un delito de consumación inmediata al margen de las consecuencias que produzca, e instantáneo, no siendo necesario que se prolongue en el tiempo el estado antijurídico, por lo que parece que se inclina por entender que, conceptualmente, es un delito de mera actividad, aunque creemos que no basta la mera colocación de artefactos, siendo más bien, como hemos apuntado anteriormente, de resultado.

En el supuesto de incendio, no es necesario que éste se realice como tal, siendo suficiente con prender fuego, independientemente de su duración o de los daños que cause en la cosa, siempre que exista un riesgo efectivo de propagación lo bastante importante como para causar un peligro a las personas¹⁸⁵, no siendo, por lo tanto, preciso la combustión total de aquella. Cuando se producen los diversos actos de daños y la situación de peligro, como ya hemos apuntado, el delito se entiende consumado y no es imprescindible que este estado antijurídico se prolongue en el tiempo, configurándose así como un delito instantáneo y con pluralidad de actos, a saber, los relacionados con los daños y con el efectivo peligro.

Son posibles las formas imperfectas de ejecución, tanto la tentativa acabada como la inacabada, estando de acuerdo en ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia¹⁸⁶. En los estragos, el delito se encuentra en grado de consumación cuando se verifica el resultado de peligro para el ordenamiento constitucional o la paz pública, unido a que se produzcan los daños materiales y el peligro concreto para las personas. En el caso en que no se produzcan daños materiales, ni el peligro efectivo para las personas, siempre, claro está, que se haya dado comienzo a la ejecución de los

¹⁸⁴ S.T.S. 1237/1998, de 24 de octubre, (R.J. 1998\8321).

¹⁸⁵ MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial..., op. cit., pág. 537. También la S.T.S. de 12 de julio de 1984, (R.J. 1984\4039).

¹⁸⁶ MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial..., op. cit., pág. 531. S.T.S. de 30 de enero de 1990, (R.J. 1990\535).

hechos y que el sujeto activo sea integrante de una asociación terrorista, estaremos ante un supuesto de tentativa del art. 571 en relación con los arts. 16.1 y 62 del C.P. Podría acontecer que se produjeran daños patrimoniales, sin que se pusiera en peligro la vida o la integridad de las personas, entendiendo que en este supuesto, la calificación jurídica correcta de los hechos y por tanto la acusación, debería basarse en un delito, en grado de tentativa, de este art. 571, y no la subsunción de la conducta en el art. 573 como mera colocación o empleo de sustancias o aparatos explosivos o utilización de otros medios de similar potencia destructiva, en grado de consumación, o su calificación como del delito residual del art. 574.

En el supuesto de incendio, la consumación, al igual que en los estragos, se realiza cuando se verifica la situación de peligro para el orden constitucional o la paz pública, siempre que se haya producido un inicio en la ejecución del delito, prendiendo fuego a una cosa, aunque el incendio no se haya desatado, ni mucho menos se haya producido la combustión total de la cosa, pero sí es necesario, que se dé el riesgo de propagación y el peligro para la integridad o la vida de las personas¹⁸⁷. Si aún utilizando el instrumento incendiario no se logra que comience a arder la cosa por su naturaleza, la conducta será de tentativa, acabada o inacabada, en función del caso¹⁸⁸, siempre que se produzca el efectivo riesgo para las personas, que es lo que determina que podamos hablar del comienzo de la ejecución del delito, hasta entonces, la conducta será de meros actos preparatorios impunes¹⁸⁹. Entendido todo esto como que en el momento en que empiece a arder la cosa con efectivo peligro de propagación y riesgo concreto para las personas derivado del mismo, el delito estaría en grado de consumación; por el contrario, si no se ha iniciado la combustión, pero se ha puesto en peligro a las personas, en su vida o integridad, el delito estará en grado de tentativa.

En el inciso final del artículo, se prevé que la pena de quince a veinte años de prisión se deba imponer, sin perjuicio de la que corresponda, si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas, lo que supone que el legislador opta por establecer un concurso real de delitos¹⁹⁰ entre este artículo y los de homicidio y

¹⁸⁷ PRATS CANUT, J.M. *De los delitos...*, op. cit., pág. 1623.

¹⁸⁸ S.T.S. 1989/1994, de 15 de noviembre, (R.J. 1994\9275).

¹⁸⁹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, Parte Especial...*, op. cit., pág. 537.

¹⁹⁰ LUZÓN CUESTA, J. M. *Delitos de terrorismo*, en *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 378, se plantea la duda de si estamos ante un concurso real o ideal de

lesiones u otros que correspondan, siempre que efectivamente se hayan producido estos resultados lesivos, aunque en puridad y en buena dogmática jurídico-penal, en este caso, habría un concurso ideal de delitos porque un mismo hecho delictivo ha infringido dos o más tipos penales¹⁹¹.

Una solución a esta polémica concursal, pasa por entender que si el sujeto activo del delito tiene dolo directo de matar o lesionar, habrá que calificar la conducta como constitutiva del delito del art. 572, en cambio, si tiene dolo directo de causar estragos o incendios y como consecuencia de aquella se produce el resultado muerte o lesiones, con dolo directo de segundo grado o eventual, se apreciará la acción como constitutiva de un delito del art. 571, de estragos o de incendios terroristas en concurso real con el art. 572, aunque en puridad el concurso sería ideal, e incluso aparente de normas o de leyes penales, y no real¹⁹², porque solo hay una única acción y no varias, que causa dos o más consecuencias jurídicas, cabiendo en algunos supuestos como factible, el concurso ideal medial, cuando la conducta primera sea medio necesario para conseguir el segundo o ulteriores resultados, es decir, que si realmente se produce la muerte o las lesiones habrá que calificar los hechos como un delito de estragos o de incendios del art. 571, porque tiene dolo directo de primer grado respecto al resultado de estragos o incendios, en concurso real con tantos delitos como muertes o lesiones se verifiquen del art. 572.1, debido a que tiene dolo directo de segundo grado con relación a la muerte o a las lesiones, o en la mayoría de los casos, dolo eventual¹⁹³, con la

delitos. CARBONELL MATEU, J. C. *Terrorismo...*, op. cit., pág. 803, este último inciso del art. 571 <<parece indicar la existencia de un concurso real de delitos entre las conductas del 571, y las constitutivas de lesión para la vida e integridad física de las personas (esto es, homicidio y lesiones). La cuestión problemática surge al contemplar que el art. 572 tipifica expresamente los homicidios y lesiones llevados a cabo con las finalidades típicas comunes al 571>>.

¹⁹¹ LAMARCA PÉREZ, C. *Delios contra...*, op. cit., pág. 710.

¹⁹² CARBONELL MATEU, J. C. *Terrorismo...*, op. cit., pág. 803, para el que <<no es posible construir un concurso real entre las figuras de los arts. 571 y 572, caso de producirse muerte o lesiones, como consecuencia de los estragos e incendios. Las conductas castigadas en ambos preceptos constituyen tipos agravados de los correlativos comunes, por razón de cometer las conductas perteneciendo a banda armada, organización o grupo terrorista y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Construir un concurso entre los arts. 571 y 572 supondría calificar dos veces la aludida circunstancia, agravando dos veces por el mismo fundamento. Por tanto el citado concurso vulneraría claramente el principio *non bis in ídem*. >>; de la misma opinión, SORIANO SORIANO, J. R. *El terrorismo y el Tribunal Supremo*, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, VV. AA., Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 187 y 188.

¹⁹³ El T.S. ha admitido este tipo de dolo en estos delitos en Sentencias como la 267/1994, de 15 de febrero, (R.J. 1994\1419); 33/1993, de 25 de enero, (R.J. 1993\174); 2727/1992, de 16 de diciembre, (R.J. 1992\10294); y la 338/1992, de 12 de marzo, (R.J. 1992\2442), que condenó al subcomisario José Amedo y al inspector Michel Domínguez, ambos del Cuerpo Nacional de Policía, destinados en el Grupo de Información Pura de la Brigada Regional de Información de la Jefatura Superior de Policía de Bilbao de la V Región Policial del País Vasco.

salvedad que, establecer un concurso real de delitos supone vulnerar el principio *non bis in ídem*, porque se está sancionando dos veces lo mismo, por lo que lo acertado, es atender a la idoneidad de los medios empleados para producir otros efectos lesivos, además de acudir al dolo del autor.

Otra solución que ofrece la doctrina¹⁹⁴ consiste en verificar la finalidad del autor, si ésta es causar estragos o incendios, debemos aplicar el tipo del art. 571 en concurso con las muertes o lesiones imprudentes causadas, pero si ésta es provocar muertes o lesiones aunque sea con dolo eventual, corresponde emplear el art. 572; por otro lado, si la intención es causar resultados lesivos en las cosas, habrá que establecer un concurso entre el art. 572 y las figuras de estragos o incendios, pero optando, como mejor recurso, por un concurso aparente de normas o leyes penales a resolver, imponiendo el tipo que prevea mayor pena, por el principio de alternatividad de la regla 4ª del art. 8 del C.P., para evitar situaciones de beneficio injusto en la pena.

Distinto medio de solventar la situación es que si el sujeto tiene como intención causar estragos o incendios, además de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, sancionarle por el art. 571, en concurso ideal de delitos con los resultados producidos, es decir, por tantos delitos de homicidio o lesiones como efectivamente se hayan causado, en cambio, si tiene intención de matar o lesionar su conducta será subsumible en el art. 572, pero como ha utilizado los incendios o estragos como medio necesario para alcanzar este resultado, responderá en concurso ideal medial entre el art. 571 y el art. 572 tantas veces como resultados se hayan producido¹⁹⁵. Interpretación que se opone al tenor literal del precepto, que propone realizar efectivamente una doble incriminación de una única acción¹⁹⁶, y no es correcto afirmar, en puridad y coherentemente, que existe un concurso real, dos o más acciones, pero es, en definitiva, lo que el legislador ha querido, y así lo ha plasmado en el texto legal. Cuando en ese último inciso del artículo dice: <<sin perjuicio de la pena que corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de la

¹⁹⁴ PRATS CANUT, J.M. *De los delitos...*, op. cit., pág. 2230.

¹⁹⁵ En contra MIRANDA STRAMPER, M. *Delitos contra...*, op. cit., pág. 2749: <<En ningún caso esta regla concursal debe ser interpretada en el sentido de permitir un concurso de delitos entre las figuras delictivas descritas en el mismo y las previstas en el art. 572, cuando además de los estragos e incendios se produzca la muerte o lesiones a una o varias personas>>.

¹⁹⁶ Realiza esta afirmación: OLMEDO CARDENTE, M. *Los delitos de terrorismo en el Código Penal de 1995*, en Terrorismo, comunicación y sus aspectos criminológicos, C.S.V., Granada, 1997, pág. 146.

personas>>, creemos, ya que no deja de ser discutible, que se está refiriendo a que el operador jurídico debe aplicar las penas conforme al concurso real de delitos y no al ideal, aunque esto último sería lo adecuado en buena dogmática jurídico-penal¹⁹⁷.

Por lo demás, se puede construir el concurso ideal o real con los delitos comunes de homicidio de los arts. 138 y ss. o de lesiones de los arts. 147 y ss.¹⁹⁸, con el inconveniente de que entra en juego la finalidad terrorista de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, lo que obliga a calificar en principio estos resultados como constitutivos del art. 572 y no de los tipos comunes.

El legislador, en definitiva, dota de un tratamiento punitivo como de concurso real, a lo que efectivamente es, en la Parte General del Código y en la ciencia del Derecho penal, un concurso ideal, por los motivos que se han expuesto más arriba, lo que nos conduce a concluir que hemos sugerido la solución más adecuada para explicar el texto de la ley, por lo que realizar otra, que se desvíe sustancialmente de la misma, supone atribuirnos una faceta que es competencia del legislador, ya que al intérprete y al operador jurídico les corresponde explicar o aplicar el texto de la ley realizando una interpretación ajustada a Derecho *-de lege data-* y no conforme a criterios subjetivos que responden a cómo hubieren deseado la norma *-de lege ferenda-* aunque nada obsta a que manifiesten éste último criterio en la exégesis o en la resolución que realicen, pero siempre fundamentado y razonado en base a que se encuentran realizando una labor desde este criterio de lo que sería deseable desde una buena teoría de la legislación.

¹⁹⁷ Máxime si acudimos como hace LAMARCA PÉREZ, C. *Delios contra...*, op. cit., pág. 710, al texto del art. 346 que manda castigar separadamente los estragos comunes y los resultados que pudieren producir de lesión para la vida, integridad física o salud de las personas.

¹⁹⁸ CARBONELL MATEU, J. C. *Terrorismo...*, op. cit., pág. 803., este profesor hace la siguiente propuesta de interpretación <<el concurso debe construirse entre el art. 571 y los tipos comunes del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.) y lesiones (arts. 147 y ss.), según el resultado producido. Todo ello sin perjuicio de contrastar la pena resultante de dicho concurso con las previstas en el art. 572... una vez resuelto el concurso de delitos entre el art. 571 y el correspondiente tipo de homicidio o lesiones surgiría un nuevo concurso, esta vez de normas entre la pena resultante y las previstas en el art. 572 para los distintos resultados de muerte y lesiones terroristas, a su vez en concurso medio a fin con los delitos de incendios o estragos comunes... la pena a aplicar en caso de producción, con los requisitos que convierten la acción en terrorista, propia de este ámbito y siempre, obviamente, que exista dolo respecto de dichos resultados, es, de acuerdo con la regla cuarta del art. 8, la más grave, a comparar entre los respectivos concursos real entre el art. 571 y los homicidios o lesiones por una parte, y el ideal, caso de haber relación medio a fin entre los estragos y las muertes o lesiones, o real, de no haber dicha relación, entre el 572 y los estragos e incendios por otra. Lo que, en ningún caso, es admisible es establecer un concurso entre los arts. 571 y 572>>. Este mismo profesor en CARBONELL MATEU, J. C. y MIRA BENAVENT, J. *De los delitos de terrorismo*, en VIVES ANTÓN, T.S., Comentarios al Código Penal de 1995, volumen II, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 2119.

III. Los atentados contra la vida, la integridad o la libertad.

Tipifica el art. 572 diferentes conductas contra las personas, que constituyen delitos contra la vida, la integridad o la libertad. Establece este tipo, que los que atentaren contra las personas incurrirán en una pena de prisión de veinte a treinta años cuando les causaren la muerte. Si provocaren lesiones de los artículos 149 y 150 ó realizaren un secuestro, serán sancionados con una pena de quince a veinte años de prisión. Si causaren cualquier otra lesión, detuvieren ilegalmente, amenazaren o coaccionaren, serán castigados con una pena de diez a quince años. Por último, se prevé con una pena agravada o cualificada en la mitad superior, cuando los hechos se realizaren contra las personas enumeradas en el apartado 2 del artículo 551, es decir, miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, del Consejo General del Poder Judicial o Magistrado del Tribunal Constitucional, debiendo delimitarse quiénes son efectivamente estas autoridades. Expresamente enumera a continuación, a los miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales –como son los concejales-, no comprendiéndose bien por qué no están incluidos, por ejemplo, los Magistrados del Tribunal Supremo, los de los Tribunales Superiores de Justicia o los de la Audiencia Nacional, que en concreto tienen asignados, la instrucción y enjuiciamiento de estos delitos, los Fiscales adscritos a estos órganos o a los Abogados que ejercen la acusación, y que por lo tanto tienen relación directa con este fenómeno violento, por lo que la lista de personas que por su profesión podrían gozar de una protección especial podría ser extensa.

En todo caso, la protección penal que se realiza en este precepto es por la función, no por la persona en sí o por el cargo que desempeña, ya que esto vulneraría el principio de igualdad. Incluso, se plantea el problema del alcance de esta protección, en el sentido en que habría que delimitar el contenido de la expresión miembro del Gobierno, no quedando claro si se incluyen los Secretarios de Estado, los Subsecretarios

o sólo los Ministros o si se podría extender a los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales. Estas incógnitas habría que resolverlas en sede judicial, atendiendo a las normas administrativas que regulan la materia, ámbito del que no abarca esta investigación por ir más allá del objetivo que nos proponemos.

Este tipo de previsión es similar a la introducida por la L.O. 7/2000, de 22 de diciembre, que dio una nueva redacción al art. 505 del C.P.¹⁹⁹, en el sentido de proteger penalmente de manera desigual a distintas instituciones del Estado, lesionando no sólo el principio de igualdad, sino también el de proporcionalidad, al darse la paradoja de que gozan de mayor protección penal las Corporaciones locales, que el Congreso de los Diputados o el Senado.

De una primera lectura del precepto, podemos inferir que se castigan conductas que lesionan bienes jurídicos distintos y lo hace imponiendo una penalidad graduada en función de los posibles resultados de muerte, lesiones, secuestro, detención ilegal, amenazas o coacciones²⁰⁰, criterio que es de agradecer, porque garantiza los principios de culpabilidad y de igualdad, pero no de forma plena, porque como vamos a comprobar no distingue entre los distintos resultados de muerte. En cambio, no podemos decir lo mismo del principio de proporcionalidad de las penas, como señala Lamarca Pérez²⁰¹, ya que las previsiones de éstas, debido a su magnitud, no tienen parangón con ninguna otra en el Código Penal de 1995.

Entrando en el análisis descriptivo de este precepto, en primer lugar, hay que referirse a los delitos contra la vida, al homicidio y asesinato, puesto que el legislador no distingue entre los mismos para modular la penalidad. Se prevé una pena de prisión de veinte a treinta años para conductas distintas que producen resultados diferentes. El

¹⁹⁹ En el que se sanciona con una pena de prisión de seis meses a un año para los sujetos que, sin formar parte de una corporación local, perturben gravemente el orden de sus plenos impidiendo el acceso, el desarrollo del orden del día, la adopción de acuerdos o causen desórdenes que tengan como finalidad manifestar el apoyo a asociaciones terroristas. Asimismo prevé una pena superior en grado a la del delito cometido, para el sujeto que calumnie, injurie, coaccione o amenace a los miembros de corporaciones locales, amprándose en una asociación terrorista.

²⁰⁰ MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial, 12ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 684.

²⁰¹ Bastando un ejemplo: <<...cuando el resultado es de muerte sin distinguir entre homicidio y asesinato se castiga con la pena de prisión de veinte a treinta años cuando el tipo común de asesinato tiene como pena máxima la de veinte>>, LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos contra...*, op. cit., pág. 711.

homicidio en el art. 138 se sanciona con una pena de diez a quince años y el asesinato en el art. 139 se castiga con una pena de quince a veinte años, no se comprende bien el motivo por el que el legislador en este art. 572, donde se sancionan estas conductas delictivas con las finalidades sabidas, no ha establecido una distinción similar, que garantizase la vigencia de los principios de culpabilidad, de proporcionalidad y de igualdad²⁰², aparte que se deberían de haber previsto penas menos exacerbadas, porque en la práctica lo más frecuente es que los atentados contra la vida llevados a cabo con finalidad terrorista, son constitutivos de asesinato al concurrir las circunstancias que lo modulan como tal²⁰³. Esta falta de discriminación de las conductas en función de los elementos que en ellas concurren y de los resultados, se hace patente cuando aplicamos el tipo en la práctica, así en la S.A.N. 24/2003, de 13 de junio, (R.J. 2004\269729), optó el Tribunal por subsumir la conducta en el tipo de terrorismo y agravarla en base a la consideración de la circunstancia primera del art. 22- alevosía- entrando en juego la regla 3ª del art. 66.1, por lo que aplicó la pena en la mitad superior:

<<aun cuando ello carece de trascendencia en el orden penológico dada la pena que el Tribunal ha decidido imponer por el delito que se analiza, este debe calificarse como homicidio -art. 138- terrorista -art. 572.1.1º por aplicación del principio de especialidad recogido en el art. 8.1 del mismo Código Penal y entendiendo, en una interpretación lógica, que el término empleado por el legislador en el citado art. 572 equivale al tipo básico del homicidio y no comprende por igual- ello significaría la pérdida de toda eficacia agravatoria de las circunstancias cualificadoras del asesinato- el tipo del art. 139, de manera que como aquí ocurre, la circunstancia de alevosía sería una agravante genérica - art. 22.1- del delito terrorista con el efecto previsto en el art. 66 en lugar de integrar como asesinato el delito base>>.

Esta solución no nos parece desafortunada, pero si el legislador hubiere discernido entre el homicidio y el asesinato, previendo para cada uno de ellos una pena diferente y menos exacerbada en función de su gravedad, no tendrían los tribunales que estar haciendo estas conjeturas sobre las circunstancias agravantes genéricas de la Parte General del C.P., sin embargo e independientemente de la posición que adoptemos²⁰⁴ en torno a considerar el homicidio del art. 138 como un tipo básico de los delitos contra la vida, y el asesinato del art. 139 como un tipo agravado o cualificado, sustentándolo en la rúbrica del Título <<del homicidio y sus formas>>, la posición de los artículos -el

²⁰² POLAINO NAVARRETE, M. *Delitos de terrorismo...*, op. cit., pp. 908 y 909.

²⁰³ LAMARCA PÉREZ, C. *Tratamiento jurídico...*, op. cit., pág. 269.

²⁰⁴ Vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A. *Del homicidio y sus formas*, en LAMARCA PÉREZ, C., *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Colex, Madrid, 2001, pág. 49.

asesinato a continuación del homicidio-, la redacción de los preceptos, y que las circunstancias que convierten o cualifican la muerte en asesinato son idénticas a las genéricas del Libro I del C.P., o por el contrario, entender que el asesinato es un delito autónomo, la conducta con resultado de muerte, realizada por un sujeto que pertenece, actúa al servicio o colabora con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad es la de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, debe ser castigada con la pena de veinte a treinta años de prisión, prevista en este art. 572.1º, al margen de que concurran circunstancias que cualifiquen la misma como de asesinato.

En el caso del terrorismo individual del art. 577, se hace referencia a la pena en la mitad superior que corresponda al delito cometido, por lo que son posibles dos soluciones -como propondremos llegados a ese estadio de la investigación aunque ahora haremos un breve apunte- una entender el asesinato como homicidio agravado e imponer la pena prevista en los arts. 139 y 140 en su mitad superior, y otra considerarlo de forma autónoma y sancionarlo con las penas del homicidio, aplicándole las agravantes genéricas del art. 22 en relación con el art.66.

La acción se corresponde con la misma que en los delitos contra la vida humana independiente, contra la integridad corporal, la salud física o mental o contra la libertad, la especialidad viene determinada en función del elemento teleológico, es decir, el verbo típico es matar, lesionar, privar de libertad, amenazar o coaccionar, por lo que se debe producir un resultado típico, la muerte, las lesiones, la privación o el ataque a la libertad o a la seguridad, derivado de la conducta del sujeto activo, que tendrá que estar integrado en una asociación de carácter terrorista. La modalidad omisiva es posible, por lo que se podría calificar la conducta como delito en comisión por omisión, siempre que se den los requisitos que exige el art. 11 del Código Penal, es decir, la posibilidad de evitar el resultado o causalidad hipotética y que el autor se encuentre en una posición de garante.

El delito es de resultado material o de lesión²⁰⁵ e instantáneo. En cuanto de lesión para el bien jurídico protegido vida, integridad, salud o libertad del sujeto pasivo- caso en el que será también de carácter permanente, como veremos a continuación- al igual que en los delitos comunes, coincide con el objeto material del delito sobre el que

²⁰⁵ LUZÓN CUESTA, J. M. *Delitos de terrorismo*, op. cit., pág. 360.

recae la acción típica. En cuanto de carácter instantáneo, deviene como tal cuando se produce la lesión para el bien jurídico individual, que se manifiesta en un peligro para el bien jurídico colectivo, y como ya sabemos, de peligro concreto para el ordenamiento constitucional o la paz pública, que es lo que cualifica su especialidad respecto a los tipos comunes. Debe acreditarse que el autor efectivamente con su hecho delictivo puso en evidente peligro la seguridad del Estado social y democrático de Derecho y a la sociedad, circunstancias que se tienen que verificar por parte del operador jurídico, para esa acción concreta, en ese lugar determinado, en ese momento específico y sobre ese sujeto pasivo, por lo que basta con la puesta en peligro del bien jurídico protegido, sin que sea necesario que se materialice el resultado de lesión del ordenamiento constitucional o la paz pública.

La S.A.N. 38/1998, de 29 de junio, (R.J. 1998\3023), sobre el secuestro del funcionario de prisiones Ortega Lara, condenó a los procesados sobre esta base de peligro de subversión del ordenamiento constitucional o de alteración grave de la paz pública, como bienes jurídicos de tipo colectivo, y como bien jurídico individual, la vida y la libertad:

<<al comenzar 1996, ETA Militar, entidad dotada de armas que, con invocadas metas abertzales, lleva a cabo actos violentos contra personas y patrimonios, tenía decidido privar de libertad a algún funcionario de Instituciones Penitenciarias y proclamar que la liberación del apresado iba a depender de que el Gobierno Español acercare a Euskadi los presos de aquella organización, o adoptare alguna otra medida similar>>.

Estas medidas nunca llegaron a tomarse, por lo que no se produjo lesión para el bien jurídico colectivo, sino la puesta en peligro efectivo de la vida de la persona privada de libertad de forma inhumanamente cruel, sin perjuicio, de que este bien jurídico individual fuese efectivamente lesionado, por lo que comprobamos como para nuestros tribunales no es preciso que se verifique el daño al bien jurídico colectivo, pero sí el individual, para aplicar este tipo en grado de consumación.

La realización del delito puede llevarse a cabo por cualquier medio pudiéndose verificar la muerte o lesiones de cualquier forma, aunque si concurren las circunstancias cualificantes del asesinato habrá que calificar la muerte como constitutiva del mismo,

aunque esto no determinará distinción penológica, como se señaló antes, no teniendo por lo tanto consecuencia práctica en materia de pena, lo que resulta injusto por los motivos expuestos anteriormente, por lo que el legislador debería realizar un cambio legislativo y regular la materia de forma más adecuada para que queden salvaguardados los principios de culpabilidad, de proporcionalidad y de igualdad.

Las lesiones que sean constitutivas de falta, a priori, no parece que tengan la entidad suficiente para poner en peligro concreto el bien jurídico protegido colectivo, por lo que entiendo que lo acertado sería calificar estos hechos, no como constitutivos de este art. 572, sino subsumirlos en el art. 574, por ser una cláusula residual y por prever menor pena -la del delito o falta ejecutados en su mitad superior-, ya que de lo contrario, vulneraríamos el principio de proporcionalidad. Aunque esta interpretación puede ser refutada oponiendo el tenor literal del precepto cuando se refiere a los que <<causaren cualquier otra lesión>>, ya que esto puede ser interpretado como lesión tanto constitutiva de delito como de falta, porque nada especifica el legislador, sin perjuicio de que efectivamente el art. 574 si se refiere expresamente a las faltas. Si estas conductas realizadas por un sujeto sin finalidad terrorista merecen pena de arresto, parece difícil sostener desde la óptica de la equidad de la pena, que cuando estas lesiones son infligidas por un sujeto con el elemento teleológico de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, puedan merecer una condena de diez a quince años de prisión. Consideramos desproporcionada la punición de estos hechos, equiparando estas lesiones al homicidio común del art. 138, además, el legislador no distingue entre lesiones del art. 147 ó del 148, o la mera falta del art. 617, previendo igual pena, por lo que se lesionan los principios de culpabilidad, de proporcionalidad y de igualdad²⁰⁶, y se estructura el tipo de tal forma, que no establece distinción penológica entre la gravedad de las distintas acciones que puedan poner en peligro el bien jurídico protegido colectivo, teniendo como consecuencia que no se cumpla que a mayor lesión mayor riesgo de poner en peligro concreto el ordenamiento constitucional o la paz pública. La distinción entre las lesiones consumadas y el homicidio o el asesinato en grado de tentativa requiere que se apliquen los criterios doctrinales y

²⁰⁶ En este sentido, OLMEDO CARDENTE, M. *Los delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 147, para el que <<resulta radicalmente contrario al principio de culpabilidad y al de proporcionalidad de las penas que, de conformidad con el número tercero del precepto que analizamos, se pueda imponer un castigo de diez a quince años por la producción de “cualquier otra lesión”. De este modo resulta manifiestamente desproporcionado poder castigar un delito de lesiones del art. 147.2º o, incluso, una falta de lesiones –el art. 572 no la excluye–, con una pena de prisión de diez a quince años>>.

jurisprudenciales clásicos, aunque los medios empleados por los terroristas suponen un indicio de existencia de un *animus necandi* que deberá ser verificado efectivamente por el Tribunal para su correcto discernimiento en el momento de calificar adecuadamente los hechos por razones obvias.

En lo referente a las conductas de detención ilegal y secuestro, aquí se están tipificando las mismas acciones de los arts. 163 y ss. Son los tipos comunes que bajo la rúbrica de <<Delitos contra la libertad>>, están sancionados en el Título VI, del libro II, del C.P., pero realizados por sujetos integrados o al servicio de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. La única particularidad que presenta el art. 572, respecto a los tipos comunes, es el carácter terrorista de la acción, que en la práctica supone que casi la totalidad de los delitos de este tipo sean constitutivos de secuestro al exigir rescate u otra condición²⁰⁷. Por lo demás, es de aplicación la atenuante prevista en el art. 163.2 y en el art. 164 en relación con este precepto comentado, que privilegia la conducta con una pena inferior en grado, si el culpable diere libertad al encerrado o detenido ilegalmente dentro de los tres primeros días de la detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto. De la misma manera son aplicables las agravantes del art. 164, pena superior en grado, en relación con el art. 163.3, si el encierro o detención durare más de quince días, y la que establece el art. 166, pena superior en grado, cuando no se da razón del paradero de la persona detenida, salvo que se haya dejado en libertad. Y efectivamente, es acertado que el legislador haya realizado estas distinciones, porque ello permite salvaguardar los principios de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas, así como el de igualdad, al sancionar más adecuadamente cada conducta en función del desvalor de la misma y de la lesión al bien jurídico protegido, modulando la reprochabilidad de las mismas, con criterios objetivos en torno a la prolongación en el tiempo de la situación antijurídica por parte del sujeto activo. Desde luego, no es lo mismo, la organización terrorista que mantiene privado de libertad a una persona durante unos días, que la que prolonga esa situación meses e incluso años, con consecuencias psicológicas, posiblemente de por vida, para el ilegalmente detenido o secuestrado, por lo que pensamos que estos preceptos deberían incluso discriminar la duración de la pena en función del tiempo que haya durado la detención ilegal o el secuestro, y diferenciar no sólo si ha durado más de quince días,

²⁰⁷ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 271.

sino conjuntamente otras nuevas distinciones, como por ejemplo, en torno a los seis meses y otra posterior al año, para finalmente establecer una marginal sobre una duración superior a los dos años; piénsese en el caso del secuestro del funcionario de prisiones Ortega Lara, en el que la Audiencia Nacional calificó los hechos como un delito de detención ilegal por tiempo superior a quince días, en su Sentencia 38/1998, de 29 de junio, (R.J. 1998\3023), cuando con una legislación como la sugerida podría haberlo hecho por el tiempo en que efectivamente estuvo privado de libertad.

En materia de participación y prescripción, al ser el tipo de consumación instantánea pero de carácter permanente, por lo que no cesaría el estado antijurídico hasta que no se produjese la liberación o se indicase el paradero del privado de libertad, secuestrado o detenido ilegalmente²⁰⁸, es factible entrar a participar en la acción delictiva como cooperador necesario o no, incluso cuando el tipo se encuentre inicialmente consumado, porque hasta que no se ponga en libertad al detenido ilegalmente o secuestrado, se esta constantemente actualizando la consumación del tipo, estando en una fase todavía de ejecución del delito. En cuanto a la prescripción, esta empezará a correr en el mismo momento en que se ponga en libertad al detenido o secuestrado, cesando el estado antijurídico²⁰⁹.

Por lo que se respecta a la antijuridicidad de la conducta, únicamente señalar que la intervención del mediador, del intermediario²¹⁰ o de la persona que negocia la condición impuesta para la liberación, -figura que será objeto de estudio en el delito de colaboración-, su conducta será atípica cuando no exista dolo de favorecimiento de la detención, acontecimiento que ocurre en todos los supuestos en que interviene el mediador a instancias del detenido. Si el mediador actúa representando a los autores de la detención sería posible la atipicidad, siempre que carezca de dolo de favorecimiento o

²⁰⁸ S.T.S. 1065/1992, de 12 de mayo, (R.J. 1992\3868). MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial...*, op. cit., pp. 152 y 153. Lamarca Pérez sostiene que el delito es eventualmente permanente porque además de casos de consumación instantánea, hay otros en que la consumación permanece durante el tiempo en que se mantenga la lesión al bien jurídico, con la creación del estado antijurídico hasta su finalización. LAMARCA PÉREZ, C. *La mediación en detención ilegal: ¿una conducta atípica o justificada?*, en Jueces para la Democracia, n.º. 20, pp. 57 Y 58.

²⁰⁹ LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos contra...*, op. cit., pp. 91 y 92. De la misma autora, *Delitos contra...*, op. cit., pp. 95 a 98.

²¹⁰ Para su estudio concreto *vid*: LAMARCA PÉREZ, C. *La mediación...*, op. cit., pp. 51 a 65. También VALLE MUÑIZ, J. M. El elemento subjetivo de la eximente de estado de necesidad y el delito de colaboración con bandas armadas. (Comentario a la S.T.S. de 5 de diciembre de 1994), en *Actualidad Penal*, n.º. 17, del 24 al 30 de abril, La Ley, Madrid, 1995, pp. 241 a 251.

en su defecto, entender la conducta justificada por concurrir un estado de necesidad; debiéndose calificar su conducta como de complicidad o de autoría si la mediación responde a una mera distribución de papeles dentro del seno de la asociación terrorista. Existe una particularidad en el secuestro, y es que con la regulación que de esta figura hace el legislador en el C.P. de 1995, podría entenderse que se trata de un delito complejo compuesto por la detención ilegal del art. 163 y por la amenaza condicional prevista en el art. 169, por lo que el mediador sólo respondería por ésta última, en la medida en que sólo participa en la amenaza condicional y no en la detención ilegal. Si por el contrario creemos que no es un delito simple, el mediador respondería como colaborador en el delito de secuestro.

El T.S. ha establecido, en su Sentencia de 27 de junio de 1994 (RJ 1994\5034), la distinción respecto de los mediadores o de los también llamados interlocutores en secuestros, en función de que la persona interviniente pertenezca al entorno de la víctima o al de los delincuentes, estimando, en el primer caso, que la conducta del sujeto queda fuera del ámbito típico de la colaboración con banda armada, precisamente porque no es con los terroristas, sino con su víctima con quien colabora. Criterio que creemos adecuado por motivos obvios, en la medida en que el sujeto que media en un secuestro, si lo hace desde una posición de relación con la víctima o sus familiares, como pueda ser de amistad, difícilmente puede estar colaborando dolosamente con la banda que perpetró el secuestro, por lo que su conducta claramente es atípica, ya que lo que pretende es ayudar a la víctima y a su familia.

Sobre las amenazas, el artículo en estudio sanciona a los que “amenazaran” a una persona, planteando el problema de cómo interpretar en este precepto el verbo típico amenazar, si restrictivamente, por lo que sólo serán integrantes de este tipo las que consistan en amenazar condicionalmente con un mal constitutivo de delito, art. 169.1º, o extensivamente, incluyendo también las no condicionales, art. 169.2º, o además las amenazas de un mal no constitutivo de delito, art. 171, o incluso las amenazas leves que serían objeto de la falta del art. 620.1º. Lo más adecuado radica en abogar porque sólo se deberían contener en este ámbito delictivo de amenazas terroristas, las más graves, es decir, las amenazas de un mal constitutivo de delito y únicamente las condicionales, otra interpretación de la ley penal sería extensiva, aparte de que el mal con el que se amenaza debe tener entidad para que efectivamente lesione

el bien jurídico protegido tanto el individual, la libre formación de la voluntad y el sentimiento de tranquilidad²¹¹, como el colectivo; por este mismo motivo, sólo debe circunscribirse a las condicionales, quedando fuera las no condicionales, y por supuesto las leves, que son constitutivas de falta.

Por lo que se refiere a los problemas de delimitación entre las amenazas o las coacciones de este artículo, y las del tipo residual y subsidiario del art. 574, se analizarán al tratar éste; y las amenazas del art. 170, se examinarán en el Capítulo tercero, donde estudiaremos el terrorismo individual, por ser materia más acorde con esta modalidad de conducta, al no requerir este tipo delictivo, contrariamente a lo que aquí sucede, el elemento estructural u organizativo; aunque debemos señalar brevemente que en este art. 572.1.3º, se tipifican las amenazas a una persona y no a grupos de personas, como hace el art. 170 del C.P.²¹²

Las coacciones terroristas, no presentan ninguna peculiaridad respecto de las amenazas ejecutadas con el mismo fin, exceptuando las especiales características entre ambos delitos comunes, por lo que es de aplicación lo referido de éstas para aquéllas, sin que se haga necesario, a nuestro entender, volver a entrar en el análisis de lo mismo.

En la práctica, el operador jurídico, deberá observar siempre en la aplicación de este tipo de amenazas y coacciones terroristas una sujeción estricta al principio de legalidad en materia penal, considerando únicamente como terroristas, las amenazas y coacciones que tengan la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, ya que muchas de estas conductas se llevan a cabo por motivos, de otra índole, incluso políticos o sindicales²¹³, por supuesto al margen de la finalidad terrorista, y su incriminación debe realizarse por los tipos comunes de los arts. 169 a 172.

²¹¹ REQUEJO CONDE, C. *El nuevo delito de amenazas con finalidad terrorista*, en Actualidad Penal, La Ley, nº. 34, del 20 al 26 de septiembre de 1999. Según esta autora, para que la amenaza sea idónea, se debe poner la libertad del amenazado en concreto peligro, entendido éste, en el sentido en que el sujeto crea y tema la producción del mal con el que se le amenaza. Si no se da este requisito, no tendría la gravedad suficiente que precisa el tipo penal.

²¹² Vid S.T.S. 149/2007, de 26 de febrero, que resuelve el Recurso de casación nº. 11281/2006 P, caso De Juana Chaos.

²¹³ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 272.

En el terreno de la penalidad, no se comprende bien la equiparación, en la elevada pena, prisión de quince a veinte años, de conductas tan dispares como el secuestro, las lesiones de los arts. 149 y 150, la detención ilegal, las amenazas o las coacciones, lo que al igual que sucede con la equiparación de los delitos de homicidio y asesinato, y por la excesiva pena, puede vulnerar los principios de igualdad y de proporcionalidad²¹⁴, al ser castigadas conductas muy desiguales, que atentan a bienes jurídicos distintos, con la misma y exacerbada pena, lo que no tiene parangón en otras partes del C.P., lo que demuestra una vez más, el desmedido tratamiento que realiza el legislador de las conductas de terrorismo, donde pretende únicamente aplicar una política criminal de orden punitivo-represivo. Sería deseable que el legislador estableciese distintas penas para conductas tan diferentes, como sucede en los tipos comunes en los que se prevén diferentes penas para el secuestro, las lesiones, la detención ilegal, las amenazas o las coacciones, con buen criterio de proporcionalidad y respetando el principio de culpabilidad, para no apartarse del carácter retributivo que tienen la pena.

Los tipos cualificados o agravados, como ya hemos señalado, se encuentran en el art. 572.2 y vienen determinados en función del sujeto pasivo, que tendrá que ser una autoridad o funcionario de los enumerados más arriba, previéndose la pena en su mitad superior. A primera vista, no parece del todo correcta esta agravación, por la exasperación punitiva y el quebranto del principio de proporcionalidad, ya que en la práctica unas simples amenazas, que incluso podrían ser leves, por lo tanto, calificables comúnmente como falta, pueden llegar a ser sancionadas con una pena de quince años de prisión, y además, no llegamos a imaginar la razón, por la que tiene mayor protección la vida de estas personas, enumeradas en el precepto, cuando no se halla en el ejercicio de sus funciones o de su cargo, que la de otro sujeto que no goza de estas particularidades. Desde luego, compartimos la idea de que se debe otorgar mayor protección a estas personas porque son objeto de un mayor número de ataques terroristas, en definitiva, sufren atentados con mayor frecuencia y gravedad que el resto de ciudadanos, al ser objetivos directos de las agresiones terroristas, pero la mayor protección penal debe girar en torno al ejercicio de la función pública o del cargo en el caso de las autoridades, pero no en torno a las personas, lo que se protege es la función o el cargo, no al individuo, y echamos en falta esto en el precepto, que debería tener un

²¹⁴ POLAINO NAVARRETE, M. *Delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 909.

inciso final donde se dijera que esta agravación opera sólo si los hechos se han realizado contra estas personas en el desempeño de su función o en el ejercicio del cargo. Todo ello, desde la presunción de que son las víctimas habituales en estos momentos, porque es posible que, en cualquier otro momento, una asociación terrorista cambie su estrategia y elija a otros colectivos como objetivo, quedando entonces en evidencia esta forma de legislar y mostrándose patente una probable lesión del principio de igualdad.

Con la irrupción, en nuestro país, del terrorismo de tipo fundamentalista o integrista, o de carácter islamista, que perpetró acciones terroristas indiscriminadas contra la población, sin elegir objetivo alguno y buscando causar el mayor número de bajas entre la población, estos tipos de agravaciones no son efectivas, por su inaplicabilidad, ya que las víctimas no son elegidas por los terroristas, por lo que esta cualificación, es sólo eficaz y coherente con el tipo de terrorismo para el que estaba pensada, es decir, el terrorismo independentista vasco, que selecciona a las víctimas, por su cargo o por su función, y además, intenta no causar bajas indiscriminadas entre la población, sin perjuicio de que en ciertos atentados se hayan producido, pero no con dolo directo sino eventual, en la mayoría de los casos. Desde aquí, no queremos hacer distinción entre diferentes tipos de terrorismo desde un punto de vista político o moral, ya que no es nuestro objetivo, ni abarca la materia propia de esta tesis, lo que queremos señalar es que hay diferentes tipos de acciones terroristas, y que la legislación actual está vertebrada pensando en el terrorismo de E.T.A. fundamentalmente, que hasta la fecha en sus criminales acciones ha seguido una línea, como es atacar contra las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como son Guardia Civil, Policía Nacional o militares, o atacar contra ciudadanos que ejercían actividades políticas como concejales de las corporaciones locales, pero no ha atentado indiscriminadamente contra ciudadanos, que por ejemplo se desplazaban en transportes públicos, como sí ha hecho el terrorismo fundamentalista o integrista islámico. Siendo ambos terrorismos execrables, ya que asesinan a ciudadanos y destruyen las infraestructuras o los bienes del Estado o de particulares, hay que considerar que son diferentes desde el punto de vista político y operativo, por lo que requieren diferentes medidas políticas, sociales, policiales e incluso penales para poder erradicarlos y vencerlos. Negar esto y mantenerse en posiciones primarias, afirmando que todos los terrorismos son iguales, supone hacer una dejación para la búsqueda de sus posibles soluciones y basarlo todo en

políticas represivas básicas que no conducen a soluciones a corto o medio plazo tangibles.

Sobre el elemento subjetivo, sabemos que el tipo abarca tanto el homicidio como el asesinato, las lesiones, la detención ilegal, el secuestro, las amenazas y las coacciones, sin embargo lo que determina la aplicación de este precepto y no los tipos comunes de los arts. 138 y ss., es la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, que, como conocemos, son auténticos elementos subjetivos del tipo o del injusto, de tendencia interna intensificada, que deben ser abarcados por el dolo del autor, lo que no obsta para que el sujeto que realiza estas acciones contra la vida de alguien y con estas finalidades, las realice con dolo directo o eventual de matar como fin inmediato, y como mediato, el propósito concreto de tipo terrorista; debiendo existir un dolo específico de matar, de lesionar, de secuestrar o de amenazar, traducido en la realización de un acto delictivo que atente contra la vida, como ha manifestado en reiteradas ocasiones nuestra jurisprudencia²¹⁵.

Por lo que se refiere a la admisión típica del dolo eventual, como probabilidad aceptada por el sujeto activo de que se produzca el resultado típico de muerte o lesiones, debe quedar acreditado que en la acción se han utilizado medios dañosos, lo que suele ser habitual en la práctica, y al mismo tiempo, que la propia conducta delictiva es peligrosa²¹⁶, lo que sucederá en la mayoría de los casos, por los medios delictivos que emplean las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, aunque es importante señalar que ello no debe hacerse de manera automática, sino que es preciso verificar la concurrencia de los elementos suficientes como para poder concluir que efectivamente existió el referido dolo.

Es significativa la S.T.S. 848/2004, de 2 de julio, (R.J. 2004\4846), caso Hipercor, que confirmó la de instancia de la A.N. de 23 de julio de 2003, en la que refiriéndose al recurso de casación:

²¹⁵ Entre otras, las SS.T.S. 1473/1997, de 28 de noviembre, (R.J. 1997\8237) y la 1115/1998, de 2 de octubre, (R.J. 1998\6854).

²¹⁶ S.T.S. 861/1997, de 11 de junio, (R.J. 1997\4677).

<<Se dice que no existe ni siquiera dolo eventual y se funda en el hecho de las diferentes llamadas telefónicas hechas para avisar de la colocación del artefacto explosivo y en la existencia de una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que estableció la responsabilidad de la administración del Estado en el resultado final por la pasividad o conducta omisiva de las fuerzas de seguridad y policía en estos hechos. Ciertamente, como bien dice la sentencia recurrida, hubo al menos dolo eventual respecto de tales asesinatos y lesiones:

A) Hay dolo eventual cuando, como aquí ocurrido, varias personas conocen, que con su actuación puede producirse un determinado resultado constitutivo de infracción penal y con tal conocimiento actúan sin haber adoptado medida alguna de precaución, suficiente para evitar ese resultado contra la vida o integridad de las personas. No se puede negar tal dolo, al menos eventual cuando concurrieron las circunstancias siguientes que ponen de manifiesto el Ministerio Fiscal y la acusación particular:

-Los hechos se producen en horario de apertura al público en un viernes por la tarde, aunque fuera a primera hora de la tarde, es decir, en un momento en el que hay dentro un importante número de personas en un establecimiento público tan frecuentado como lo era el Hipercor de Barcelona.

-La explosión estaba programada para esa hora de las 16.10 mediante la colocación de un temporizador.

-Aunque fueron tres las llamadas efectuadas para avisar de la colocación del artefacto explosivo, éste, colocado en la maleta de un coche debidamente aparcado y cerrado, no era fácil de localizar, como de hecho no lo localizaron las fuerzas de policía que actuaron en tal ocasión.

B) Y en cuanto a la mencionada sentencia del Tribunal Supremo que condenó al Estado como responsable civil por estos hechos, es claro que tal pronunciamiento no puede incidir en las condenas penales aquí examinadas ni siquiera en los pronunciamientos de orden civil: siempre se encuentra en primer plano la actuación criminal de los autores de estos gravísimos hechos>>.

Estamos ante un caso en que la banda armada avisó de la colocación de los artefactos explosivos, sin embargo, no llegaron a localizarse para la desactivación y ni siquiera se produjo el efectivo desalojo del inmueble, lo que provocó una matanza indiscriminada, acción que fue realizada con dolo eventual, al conocer los sujetos activos, que podía producirse un resultado lesivo, sin tomar las previsiones oportunas para evitar el resultado. Este es un supuesto en el que se asume la puesta en peligro y la previsible lesión de bienes personales que no son objetivos directos del mismo, por lo

que entramos en el ámbito del dolo eventual, al margen de los posibles errores cometidos por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, al fallar las medidas de seguridad oportunas, que deberían haberse tomado, por lo menos con más celeridad, en orden a la evacuación del edificio.

El atentado en el aeropuerto de Barajas en la zona de aparcamiento de vehículos de la Terminal 4 en el que fallecieron dos ciudadanos de origen ecuatoriano, supone un nuevo caso en el que la banda terrorista E.T.A. avisó para el desalojo de la infraestructura que quería destruir, pero se produjeron estas dos muertes a título de dolo eventual -según parece estas dos personas estaban durmiendo en sus vehículos y no se enteraron de la necesidad de evacuar la zona, anunciada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado- por lo que los responsables de las mismas deberán responder ante la Justicia por ese título de imputación, sin que sea posible imputarles las muertes con dolo directo de segundo grado, ya que no tenían intención de matar, sino de provocar la destrucción del edificio, como así hicieron, pero debieron prever que con su acción se podían producir víctimas mortales, asumiendo el resultado asociado a su acción de manera dubitable, como desgraciadamente así fue, por los motivos apuntados, se produjeron víctimas mortales. Creemos que no querían producir el resultado muerte que se presentaba como de probable, aunque no indubitada producción, ya que una zona tan extensa, con varias plantas llenas en su totalidad de vehículos, donde transitan diariamente miles de usuarios, evacuarla en un plazo breve de tiempo, se hace difícil, más teniendo en cuenta que es usada por personas que en algunos casos no estacionan su vehículo y se marchan, sino que permanecen en él a la espera de sus familiares o amigos a los que han ido a recoger y que a veces tardan varias horas en llegar debido a los retrasos en el tráfico aéreo, pero a pesar de lo anterior, siguieron actuando y se produjo el resultado no querido, la muerte, aunque la debieron prever como probable o admitirla por la dificultad en desalojar la zona en plazo tan breve de tiempo, así como en localizar la furgoneta que contenía la terrorífica carga explosiva..

En el referido caso del secuestro del funcionario de prisiones Ortega Lara, la S.A.N. 38/1998, de 29 de junio, (R.J. 1998\3023), estableció que:

<<en cuanto a que la muerte de José Antonio O. L. fuera abarcada por la voluntad de los procesados, se desprende, de acuerdo con la experiencia general, de la conjunción de varios hechos directamente acreditados: a) la extremada duración de la detención, b) las pésimas condiciones del lugar de encierro -sepultura en vida-, c) el manifiesto deterioro del cautivo, d) la decisión, que conocían, tomada por ETA de mantener indefinidamente la misma situación>>, calificando los hechos como <<un delito de detención ilegal por tiempo superior a quince días, exigiendo condición y siendo la víctima funcionario público en el ejercicio de sus funciones, previsto y penado en los arts. 163.1 y 3, 164 y 165 y 572.1 y 2 “in fine” C.P. y también un delito de conspiración para el asesinato alevoso, previsto y penado en los arts. 139.1 y 141 en relación con el art. 17; pues aparece que los procesados estaban concertados para la muerte del cautivo y resueltos a ella, que iba a ser causada de modo que llevaba ínsito el eliminar cualquier riesgo para sus personas que pudiera provenir de la víctima>>.

Por lo que a juicio de este Tribunal, los sujetos tenían dolo directo de causar la muerte del secuestrado, lo que ocurre es que no dieron comienzo a la ejecución de la misma, sino que se quedaron en la fase de resolución manifestada o de participación intentada o en un acto preparatorio punible, de conspiración para el asesinato alevoso con la circunstancia agravante de ensañamiento; lo que corrobora la posición de este Tribunal de calificar el hecho como constitutivo de este art. 572.1 de terrorismo y acudir a las circunstancias genéricas del art. 22 para cualificarlo, tomando como base para su calificación la circunstancia de alevosía y agravándolo con la de ensañamiento.

De manera distinta, en la S.A.N. 22/1999, de 18 de mayo, (R.J. 1999\2161), que enjuició los hechos de conspiración para matar al Rey, al Príncipe o a la Reina, colocando diversos dispositivos lanzagranadas el día de la inauguración del Museo Guggenheim de Bilbao, atentado que provocó la muerte de un ertzaina cuando iba a identificar a los sujetos responsables, se sostuvo que ésta fue a título de dolo eventual, al afirmar que:

<<en el delito de terrorismo con resultado de muerte del ertzaina, tal resultado es imputable al acusado a título de dolo eventual, pues el hecho de acudir el autor material y el acusado armados al lugar, pone de relieve su intención de evitar a toda costa su detención caso de ser descubiertos, lo que patentiza la propia actitud del acusado cuando trataba de escapar llevando el arma de fuego en la mano y de lo que no pudo hacer uso al perder el cargador. En tal situación el acusado se representa que él, o su acompañante, podían verse obligados a hacer uso de las armas que portaban si se descubría su plan, como en efecto ocurrió, y consintió el resultado lesivo o letal para terceros, que a consecuencia de la acción de disparar, por uno o por otro miembro del comando, pudiera producirse. Lo que no parece adecuado,

supuesto que se trata de dolo eventual, es calificar la muerte del ertzaina como asesinato para el acusado, dada la imputación a título de dolo eventual, siendo más lógica la de homicidio, si bien esta circunstancia es irrelevante a efectos de penalidad>>.

Incluso entendemos que puede haber dolo directo porque el sujeto quiere el resultado y no sólo lo acepta, porque los ertzainas son objetivos habituales de esta banda armada, y en este caso los sujetos se percataron de la presencia de los mismos, representándoseles y queriendo el resultado de muerte del agente, en caso de ser descubiertos; si bien, quedando limitado al ámbito del homicidio, al no concurrir ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, que pudiera alterar la calificación elevándola a asesinato. La A.N. hace mención a que es irrelevante el calificar los hechos como homicidio o asesinato a efectos de penalidad, como manifestamos anteriormente creemos que el legislador debería haber hecho tal distinción para sancionar de manera diferente conductas que son desiguales, preservando los principios de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas, así como el de igualdad y el carácter retributivo de las sanciones penales.

Son posibles las formas imperfectas de ejecución, tentativa acabada e inacabada, respecto al bien jurídico protegido de carácter individual (inmediato o directo), consumándose el delito cuando se lesiona este bien jurídico protegido, aunque no debemos olvidar que el elemento finalístico se constituye como un bien jurídico protegido de carácter colectivo (mediato o indirecto), cuando hablamos del ordenamiento constitucional o de la paz pública. Lo que debe quedar claro es que en lo referente al *iter criminis* como forma de aparición del delito está en función de la lesión al bien jurídico individual, es decir, en función el grado de ejecución alcanzado en la realización de la conducta para la lesión de este bien jurídico, y no en el bien jurídico colectivo, finalidad que persigue la entidad terrorista, consistente en la subversión del ordenamiento constitucional o la alteración grave de la paz pública.

Así, por lo que se refiere a los delitos contra la vida, se encuentran consumados, cuando acaece el resultado de muerte, siendo posible la tentativa si no se produce el mismo, siempre, claro está, que se hayan realizado actos exteriores encauzados a la consumación, con el suficiente grado de capacidad como para poner en peligro o lesionar el bien jurídico colectivo. A este tenor, en una acción para matar a

otro sujeto, concurriendo el elemento subjetivo del injusto o del tipo, que debe ser abarcado por el dolo del autor, de ataque, puesta en peligro o lesión al bien jurídico colectivo, comienza con la ejecución del delito de homicidio, estando en tentativa acabada o inacabada, en función del grado de ejecución alcanzado y de la puesta en peligro de este bien jurídico en caso de no producirse la muerte, y si ésta se produce, el delito del art. 572.1.1º del C.P. estaría consumado; como podemos comprobar en la S.A.N. 28/2000, de 20 de octubre, (R.J. 2001\44379), las formas imperfectas de ejecución, de asesinato en este caso y extensivo a otros procesos, consisten en la tentativa acabada -para el caso en que se realice toda la conducta y no se logre el resultado por causas independientes de la voluntad del autor, e inacabada, anteriormente llamada frustración -para el supuesto de no realización plena de toda la conducta ejecutiva-, al decir que:

<<...la tentativa de asesinato configurada en los artículos 16.1, 139.1º y 572.1º del C.P. En la fase externa del delito, los actos de ejecución se inician con vocación de éxito, que, de alcanzarse, da lugar a la ejecución, en tanto la no producción del resultado puede producirse de una parte, por una interrupción involuntaria o una ejecución completa sin éxito involuntario, que los códigos anteriores denominaban, respectivamente, tentativa y frustración y el actual engloba bajo la primera denominación; y, de otra, por una interrupción voluntaria o una ejecución completa sin éxito voluntario, que podemos denominar desistimiento y arrepentimiento activo, respectivamente, que el Código contempla en el núm. 2 del art. 16>>.

En las lesiones terroristas, sucede lo mismo que en los delitos contra la vida, el delito está consumado cuando se acredita el resultado de lesión del bien jurídico protegido de tipo individual. Si se origina el resultado de lesiones, el delito estará consumado, en la medida en que éstas se hayan realizado con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, quedando en tentativa acabada o inacabada cuando iniciada la ejecución de los hechos, no se ha producido el resultado de lesiones, siempre que sea idónea o de suficiente entidad como para poder lesionar el bien jurídico protegido colectivo; sin que sea necesario nada más, es decir, sin que sea preciso que se produzca ningún inicio de lesión del bien jurídico colectivo, sino que el sujeto que lleva a cabo la acción realice la conducta que provoca la lesión con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública.

Acerca del secuestro y de la detención ilegal terrorista, el delito se perfecciona en el momento en que se comprueba el resultado de lesión del bien jurídico individual - libertad-. La consumación²¹⁷ se entiende producida desde el mismo momento en que se priva de libertad o se detiene ilegalmente, siendo relevante el intervalo de tiempo que duró esta situación²¹⁸, entendiéndose en ese momento perfeccionado el delito. La tentativa se ocasionaría cuando se realicen los actos exteriores necesarios para dar inicio a la ejecución del delito, con entidad suficiente como para poner en peligro o lesionar el bien jurídico colectivo, y no se logre el resultado de lesión a la libertad como bien jurídico protegido de carácter individual, siempre con cualquiera de las finalidades sabidas.

Referente a las amenazas terroristas, la consumación se verifica en el momento en que llega a conocimiento del destinatario, siempre que sea idónea para producir en éste un sentimiento de temor, aunque no se produzca el resultado²¹⁹, por lo que las formas imperfectas son difíciles, aunque el T.S.²²⁰ alguna vez las ha estimado en supuestos en que el sujeto activo las profirió a través del correo y no llegaron a conocimiento del destinatario siendo interceptadas por un tercero. Hoy en día con la proliferación del correo electrónico este supuesto podría darse de manera más frecuente, aunque las organizaciones terroristas de momento utilizan los sistemas tradicionales para proferir sus amenazas.

En las coacciones terroristas, igualmente se entiende consumado el delito, al comprobarse el resultado de puesta en peligro del bien jurídico de carácter individual. Siendo posibles, al contrario de las amenazas, las formas imperfectas de ejecución, tentativa acabada e inacabada, cuando no se llegase a poner en peligro el bien jurídico protegido de tipo colectivo, habiéndose dado ejecución al inicio del delito, en relación a que se logre el resultado de lesión del bien jurídico individual, impidiendo a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o compeliéndole a efectuar lo que no quiere,

²¹⁷ Más arriba nos hemos referido a la naturaleza de estos delitos como de consumación instantánea pero de carácter permanente.

²¹⁸ La jurisprudencia mantiene que para que se pueda hablar de detención ilegal o de secuestro, es necesario que se dé una cierta duración temporal de la situación de privación de libertad, ya que si esta es nimia, estaríamos hablando de coacciones o en su defecto, incluso de atipicidad. Por todas la Sentencia del T.S. de 28 de noviembre de 1994, (R.J. 1994\9146).

²¹⁹ CARRETERO SÁNCHEZ, A. *El delito de amenazas*, en La Ley, 1996, pág. 1309.

²²⁰ S.T.S. de 20 de mayo de 1944, (R.J. 1944\645).

sea justo o injusto, con entidad suficiente como para poder poner en peligro o lesionar el bien jurídico protegido colectivo.

Son posibles las formas de participación como la cooperación necesaria y no necesaria, distinción que realizan nuestros tribunales utilizando las clásicas teorías del dominio del hecho, de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*, y la de los bienes escasos, como en el asunto enjuiciado por la S.A.N. 24/2003, de 13 de junio, (R.J. 2004\269729), que condenó a uno de los acusados como cooperador necesario, fundamentándose para ello en que:

<<del delito de homicidio (asesinato) terrorista del art. 571.1.1º en relación al art. 138 del Código Penal son responsables los dos acusados ahora enjuiciados... aquel en concepto de autor material del art. 28 párrafo primero del Código Penal y el segundo en concepto de cooperador necesario conforme al apartado b) del párrafo segundo de dicho art. 28. En efecto, debe partirse de un concierto de voluntades -pactum scaeleris en la terminología clásica- de acabar con la vida... según se desprende de manera indiciaria del vínculo de solidaridad existente entre los miembros del talde terrorista..., lo que supone el necesario y preciso dolo..., al que se añade, en un perfecto reparto de papeles coadyuvando de manera eficaz a la prosecución del fin propuesto o aceptado y consentido, la realización... de un acto coetáneo de cooperación que indudablemente debe calificarse como necesario siguiendo las doctrinas al respecto manejadas por nuestra jurisprudencia de los bienes escasos y la del dominio del hecho, ya que la actuación realizada... -lanzadera del coche-bomba para alertar de la presencia policial- no solo es una cooperación difícil de conseguir, sino que además mentalmente suprimida haría de difícil ejecución el acto criminal, máxime ello dentro de una conducta enmarcada en el ámbito terrorista>>.

La problemática concursal²²¹ con el art. 571, quedó estudiada más arriba cuando tratamos los delitos de estragos e incendios, con las soluciones posibles que quedaron expuestas, sólo recordar que si el sujeto activo tiene dolo directo de matar o lesionar, se calificaría la conducta como constitutiva de este delito del art. 572, en cambio, si tiene dolo directo de causar estragos o incendios y como consecuencia de la acción se produce el resultado muerte o lesiones, con dolo directo de segundo grado o eventual, se calificará como constitutiva de un delito del art. 571, de estragos o

²²¹ PRATS CANUT, J.M. *De los delitos...*, op. cit., pág. 2230, sobre este art. 572 afirma que: <<en el supuesto de incendios y estragos del artículo anterior puede derivar en resultados de muerte o lesiones penalmente relevantes, de ahí que quepa entender que el elemento diferencial entre ambos supuestos debe de buscarse en la finalidad propuesta por el sujeto activo, de tal suerte que si el dolo del mismo iba encaminado a la consecución de estragos e incendios debe aplicarse el primer supuesto, mientras que si el dolo iba encaminado a causar la muerte o lesión con medios propios de los estragos o los incendios, corresponde aplicar el presente>>.

incendios terroristas en concurso real con el art. 572, aunque en puridad el concurso sería ideal, e incluso de normas o de leyes penales, posición que no es posible sustentar por la redacción de los preceptos de cuya interpretación debemos colegir que el legislador no lo ha querido así, aunque se debería rechazar el concurso real, porque solo hay una conducta y no varias, que causa dos o más resultados; cabiendo en algunos supuestos como factible, el concurso ideal medial, cuando la acción primera sea medio necesario para conseguir el segundo o posteriores resultados.

En el ámbito del dolo eventual, en relación al supuesto de incendios o estragos, afirma Prats Canut²²² que aplicando la doctrina tradicional del homicidio preterintencional, la concurrencia aunque sólo sea a título de dolo eventual, del ánimo de matar, desplazaría el dolo de lesionar, debiéndose sancionar por el delito contra la vida correspondiente, lo que llevaría a que la aplicación de la regla concursal del art. 571 quedaría reservada a los supuestos de muerte o lesiones imprudentes, y en los casos de atentados contra la vida o la integridad física que se realizasen, como mínimo, con dolo eventual, se debería aplicar el art. 572. Esta solución podría provocar alguna situación de beneficio injusto en relación a la penalidad, por lo que entiende este profesor, que la solución sería optar por un concurso aparente de normas penales, a resolver por el principio de especialidad del art. 8º del C.P.

Otra propuesta de resolución del problema consistiría en que si el sujeto activo pretende ocasionar estragos o incendios, subsumir la conducta en el art. 571, en concurso ideal de delitos con los resultados producidos de homicidio o lesiones, pero si quiere matar o lesionar calificar la acción como constitutiva del art. 572, si bien al emplear incendios o estragos, entablar un concurso ideal medial entre el art. 571 y el art. 572, aun a riesgo de oponerse al texto del precepto, lo que no nos parece una solución acertada por este motivo.

No debemos olvidar la posibilidad del concurso ideal o real entre el art. 571 y los delitos de homicidio o de lesiones de los arts. 138 y ss., y 147 y ss.²²³, aunque al concurrir el elemento teleológico de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, necesariamente tendríamos que optar por este art. 572.

²²² PRATS CANUT, J. M. *De los delitos...*, op. cit., pág. 1586.

²²³ CARBONELL MATEU, J. C. *Terrorismo...*, op. cit., pág. 803.

Por su parte, las amenazas terroristas pueden entrar en concurso de normas o de leyes penales a resolver por el principio de especialidad. Si las comete un sujeto que pertenece, actúa al servicio o colabora con una banda armada, organización o grupo terrorista y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, se calificarán como constitutivas del art. 572.1.3º; de otro modo, cuando el sujeto no pertenece a estas asociaciones terroristas, pero tiene estas finalidades o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, se subsumirá la conducta en el art. 577. Si enaltece o justifica los delitos de terrorismo, o a sus autores o partícipes, o justifica o realiza actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, cometerá el tipo del art. 578. Cuando el sujeto no pertenezca a estas asociaciones terroristas y no tenga la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, pero sí posea, las finalidades u objetivos de atemorizar, con amenazas de un mal constitutivo de delito, a los colectivos enumerados en el art. 170.1, habrá que aplicar el punto siguiente de este artículo, si con la misma finalidad y gravedad, reclama públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Supuesto este que acarrea problemas de delimitación con el art. 577, por la similitud en las finalidades de los tipos, pero que se intentarán resolver al analizar el terrorismo individual. Y por último, el tipo del art. 169.1º, estarían en concurso de normas, al referirse este precepto a las amenazas realizadas en nombre de entidades o grupos reales o supuestos, debiéndose resolver también, por el principio de especialidad, a favor del art. 572.1.3º.

La detención ilegal, el secuestro y las coacciones terroristas no plantean problemas concursales diferentes a los comunes, estando siempre en relación de especialidad con el resto de figuras delictivas contra la libertad de tipo común.

En definitiva, el principal problema que plantea este artículo es el poco respeto a los principios de culpabilidad, de proporcionalidad y de igualdad, al prever penas iguales y excesivamente agravadas para acciones muy diferentes, además de no cumplir con el carácter retributivo de las penas. El legislador debería haber establecido penas diferentes para las distintas conductas que provocan diversos resultados, lo contrario, supone, como comprobamos en la jurisprudencia de nuestros tribunales, que el operador

jurídico se vea obligado a sancionar con iguales penas, conductas muy dispares, y todo ello debido a la ya referida exasperación de las penas, instrumento utilizado por el legislador en un doble sentido, en la creencia de que con penas muy elevadas va a combatir mejor el fenómeno terrorista, por el doble carácter de la función de la pena, retributivo y de prevención general y especial, además de acallar a ciertos sectores de la población que reclaman un endurecimiento notable de las penas como solución a la violencia terrorista.

IV. El depósito de armas o municiones.

Es en el art. 573 donde se regulan estos delitos de puesta en peligro de la seguridad pública, son supuestos de depósitos de armas o municiones, conjuntamente con otras conductas tan diversas como la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, al mismo tiempo, señala como conductas delictivas de este tipo, su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de estas sustancias o de los medios o artificios adecuados. Se configura este tipo de forma excesivamente casuística, donde, ya que el legislador ha querido realizar una enumeración tan amplia de conductas, debería haber aprovechado, para en diversos apartados, establecer distintas penas para las diferentes modalidades delictivas que se nos presentan con un mayor o menor contenido de culpabilidad.

Se prevén, en este precepto, como típicas las acciones de colocación o empleo de estas sustancias o de estos medios o artificios, en definitiva, de estas armas, instrumentos, medios o métodos destinados a causar resultados lesivos, que si efectivamente se producen, como dice Lamarca Pérez²²⁴, entrarán en concurso de delitos con este art. 573, materia que trataremos más adelante al analizar los posibles concursos.

Sobre las modalidades de conductas típicas, el depósito de armas o municiones, hay que entenderlo, según la definición que da el D.R.A.E.²²⁵, como la disponibilidad de

²²⁴ LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos contra...*, op. cit., pág. 712.

²²⁵ Diccionario de la Real..., op. cit., pág. 133 y 1003.

instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o a defenderse, y las cargas que se ponen en las armas de fuego. La tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes o de sus componentes, es una conducta configurada de modo alternativo y constituida por formas de mera posesión. El depósito exige la disponibilidad de la cosa por el sujeto activo, no siendo necesaria la inmediatez corporal con la misma. La tenencia se dispone como una manera de posesión inmediata de la cosa, lo que determina la necesidad de contacto físico no siendo necesario que éste sea continuo, por lo que abarcaría perfectamente, las conductas de fabricación, transporte y suministro, no entendiéndose bien el porqué de su incriminación autónoma. Según el mismo Diccionario²²⁶, por explosivo, hay que entender una cosa que puede hacer explosión o que se incendia por explosión, y ésta es la liberación de una cantidad de energía encerrada en un volumen, la cual produce un incremento violento y rápido de la presión, con desprendimiento de calor, luz y gases, que va acompañada de estruendo y rotura violenta del recipiente que la contiene. Inflamable, es aquello que se enciende con facilidad y desprende inmediatamente llamas, e incendiario, es algo destinado a incendiar o que puede causar incendio, siendo éste, un fuego grande que destruye lo que no debería, o no está destinado a quemarse, y finalmente asfixiante, es lo que hace difícil o dificulta la respiración.

La fabricación, se refiere a la producción o elaboración de las armas o municiones, el tráfico, designa la comercialización, la compra, o la venta, en definitiva cualquier tráfico mercantil, y el transporte o suministro, abarca todas las labores de intendencia, entendida como dirección, gestión y abastecimiento. El legislador, en nuestra opinión, debería haber especificado que la fabricación, transporte o suministro tenga relación con la actividad terrorista, ya que una interpretación literal del precepto nos llevaría a entender como delictiva, la conducta de un sujeto que perteneciendo a una organización terrorista, trabaje en una empresa que legalmente fabrique, transporte o suministre armas, municiones, sustancias o aparatos explosivos²²⁷. En la conducta de mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados, el legislador, utiliza como verbos típicos “colocar”, que es poner o situar una cosa en un lugar, y “emplear” o hacer servir las cosas para algo.

²²⁶ Diccionario de la Real..., op. cit., págs. 661, 660, 822, 813 y 148.

²²⁷ PRATS CANUT, J. M. *De los delitos...*, op. cit., pág. 1587.

En la esfera legislativa y reglamentaria²²⁸, para comprobar el alcance semántico de estos conceptos, sin que sea preciso analizarlos ahora, por no comprender el objeto de nuestro estudio, tendremos que acudir al Reglamento de Armas, R.D. 137/1993, de 29 de enero y al Reglamento de Explosivos de 2 de marzo de 1978 con sus respectivas modificaciones, como el R.D. de 25 de marzo de 1994 y la Orden de 29 de julio de 1993.

Por lo que respecta a la jurisprudencia²²⁹, la S.A.N. 49/1998, de 3 de diciembre, (A.R.P. 1998\5654), se ha pronunciado en el enjuiciamiento por estos delitos, considerando la tenencia como disponibilidad del aparato, es decir, en su concepción semántica de mera posesión, sin que sea preciso nada más, como pudiera ser su fabricación o transporte (que son otras dos de las modalidades de este tipo), ni mucho menos la utilización, por ellos o por otros sujetos, que será en última instancia la causa de la tenencia, lo que provocará la aplicación de este precepto, si bien, en la modalidad de mera colocación o empleo, o la de los art. 571 ó del 572 si se producen los resultados requeridos:

<<El art. 568 del Código Penal y el art. 573 cuando se trata de pertenecientes o al servicio de bandas armadas, penalizan entre otras situaciones la tenencia de aparatos explosivos, donde estaría comprendido el utilizado en el resultado lesivo que nos ocupa. Para que el acusado pudiera responder penalmente de dicha tenencia es exigible la disponibilidad del artefacto, y esa hay que atribuírsela aunque no lo haya construido ni transportado personalmente al lugar de los hechos, pues actuando en unión de otra persona para asegurar la acción, resulta indiferente los movimientos concretos que con el artefacto realizara uno u otro, cuando estaban de acuerdo en su utilización>>.

De *lege ferenda*, el legislador tendría que haber distinguido entre las distintas modalidades delictivas, como tenencia, depósito, transporte, etc., y las diferentes armas o municiones a la hora de prever las penas, cosa que no ha hecho, previendo iguales penas de prisión, de seis a diez años, para conductas no equiparables por su grado de reprobabilidad o reprochabilidad, y de puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos, tanto a nivel individual como colectivo.

²²⁸ Y en el ámbito doctrinal: PIEDRA BUENA LEÓN, E. *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego en el Código Penal*, en Actualidad Penal, La Ley, 1. DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J. El delito de tenencia ilícita de armas de fuego, Colex, 1987.

²²⁹ Vid. CRUZ BLANCA, M.^a J. Régimen penal y tratamiento jurisprudencial de la tenencia ilícita de armas, Colección de Ensayos Penales, Dykinson, Madrid, 2005, donde realiza un estudio sobre la jurisprudencia en esta materia.

El delito se configura como de mera actividad, de peligro abstracto²³⁰, alternativo en cuanto a las conductas típicas, y especial impropio, por tener parangón con otros preceptos del C.P.

El tipo se encuentra consumado con la tenencia o depósito, es decir, la posesión o disposición, sin que sea precisa la utilización²³¹. En el caso de colocación o empleo el delito se perfecciona al poner o situar la cosa en un lugar o cuando se la hace servir para algo, por lo que es difícil que el delito se dé en grado de tentativa, tanto acabada como inacabada.

En el ámbito subjetivo, se exige dolo, entendido como conocimiento y voluntad de las conductas típicas enumeradas y descritas en el precepto, configurándose como de tendencia interna intensificada, por lo que el dolo del autor debe englobar la finalidad terrorista, en el contorno de las formas de relación con las asociaciones terroristas descritas.

Por la forma de la redacción de este art. 573, se plantea una serie de cuestiones concursales. Ante la causación de los resultados previstos en los arts. 571 y 572, este tipo del art. 573, quedaría consumido, regla 3ª del art. 8 del C.P., aplicando aquellos preceptos. Si no llegare a explotar el artefacto por ser desactivado previamente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, aplicaríamos el art. 573 porque el delito consumado absorbe a las formas imperfectas, en caso de que los actos ejecutados se pudieran considerar como una tentativa de los arts. 571 ó 572²³². En el supuesto de depósito de armas y sustancias explosivas, tendremos que establecer un concurso real de delitos por ser infracciones diferentes tipificadas en un mismo artículo, que sanciona distintos delitos y conductas típicas²³³. Si el sujeto posee armas no de guerra, en número inferior a cinco, su conducta es constitutiva de mera tenencia de armas y hay que sancionarla por el tipo residual del art. 574; en cambio, la posesión de armas de guerra

²³⁰ LUZÓN CUESTA, J.M. Compendio de Derecho Penal. Parte Especial..., op. cit., pp. 362 y ss. No exige riesgo para las personas. En el mismo sentido HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R. *De los delitos de terrorismo...*, op., cit., pág. 4896. DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J. El delito de tenencia..., op. cit., pp. 96 y 97.

²³¹ S.T.S. 1237/1998, de 24 de octubre, (R.J. 1998\8321).

²³² OLMEDO CARDENTE, M. *Los delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 148, aboga en este caso por aplicar el principio de alternatividad.

²³³ S.T.S. 1237/1998, de 24 de octubre, (R.J. 1998\8321).

suele calificarse depósito, en todos los casos, no obstante, algunas veces se ha considerado tenencia, la posesión de este tipo de armas, en número igual o inferior a tres, lo que no es obstáculo a que si la conducta se califica como de depósito es irrelevante el número de armas para entender consumado un único delito y no varios. El depósito de armas de guerra de este art. 573, absorbería la tenencia de otras armas no de guerra, pero no así el depósito de las mismas, que sería otro delito diferente que entraría en concurso real de delitos²³⁴.

Por otro lado, es lógico entablar un concurso aparente de normas o leyes penales y decantarse por el principio de especialidad del art. 8.1ª del C.P., a favor del art. 573, frente a los tipos comunes de tenencia, tráfico y depósito de los arts. 563 y ss.²³⁵, en el supuesto de que el sujeto lleve a cabo la conducta con las finalidades y en el ámbito de las asociaciones delictivas que la califican como de terrorista. En el caso de que lo hiciera al margen de estas asociaciones, pero con propósito terrorista, su conducta sería subsumible en el art. 577. Cuando se produzca cualquier resultado delictivo por la colocación o el empleo que se describe en este tipo del art. 573, como por ejemplo lesiones en las personas, se entrará en concurso de infracciones penales²³⁶.

En el Auto del Tribunal Supremo, de 28 de octubre de 1998, (R.J. 1998\8562), se afirma que es un posible delito de terrorismo de este art. 573, la conducta de incendio de una oficina y de un vehículo a motor, en la que no ha quedado acreditado peligro para la vida:

<<el hecho de que la Audiencia haya indicado como aplicable el artículo 571 no impide entender que el hecho podía haberse subsumido en el artículo 573 del Código Penal. El artículo 573 prevé la sanción de seis a diez años de prisión cuando se emplean sustancias o aparatos explosivos o incendiarios por quienes pertenecen o actúan al servicio o en colaboración con bandas armadas y organizaciones o grupos terroristas. Por tanto, la ausencia de riesgo no excluye la posibilidad de subsunción en este precepto por quienes ya se habían agrupado para realizar acciones violentas y destructivas en respuesta a la política penitenciaria con relación a miembros de ETA>>.

²³⁴ Todo ello, basándonos en nuestra jurisprudencia: SS.A.N. 73/1997, de 27 de noviembre y 124/1999, de 4 de junio.

²³⁵ La L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, ha modificado los arts. 566, 567 y 570. En concreto en los arts. 566 y 567 ha introducido también como armas, las biológicas y en el art. 570, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior en tres años a la pena de prisión impuesta.

²³⁶ CARBONELL MATEU, J.C. *Terrorismo...*, op. cit., pág. 804.

Efectivamente, tiene razón el T.S., porque este art. 573, en ningún sitio exige efectivo peligro o riesgo para la vida o integridad de las personas, sino que sólo requiere el depósito, la fabricación, el tráfico, el transporte, el suministro, la colocación o el empleo, de los aparatos o sustancias que enumera, lo que le distingue del art. 571, que si lo precisa, no entrando en el terreno del juzgador pretender alguna condición de otro tipo, lo que le trasladaría a invadir competencias que le son ajenas.

En materia concursal, la S.T.S. 1304/2003, de 10 de octubre, (R.J. 2003\7740), que resolvió, como un concurso ideal entre el suministro y depósito de armas de guerra y sustancias o aparatos explosivos de los tipos comunes con los tipos de terrorismo, al comprobar que en este caso:

<<concorre la circunstancia de que esa acción daría lugar a más de una subsunción (por razón de la diversa cualificación legal de los objetos), que es lo propio del concurso ideal, del art. 77,1 CP. Por lo que la pena, la propia de los arts. 566,1º y 568 en relación con el 573, todos del Código Penal, debería imponerse en los términos del art. 77,2 CP>>.

De cualquier forma, es llamativo que este mismo Tribunal, en anteriores Sentencias, como la 1346/2001, de 28 de junio, (R.J. 2001\7024), haya asegurado que no existía un concurso ideal, debido a que los delitos de tenencia de explosivos y de armas de guerra son tipos autónomos, previstos en el artículo 568 y en el 566-1º en relación al 567-1º, todos ellos del C.P., que tienen una agravación cuando se cometen en el marco de la actividad terrorista -art. 573- (la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, modificó los arts. 566, 567 y 570, con la introducción de las armas biológicas como objeto material del delito, y la inclusión de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas).

La S.T.S. 1237/1998, de 24 de octubre, (R.J. 1998\8321), sobre la posibilidad de concurso de delitos ideal o real con los arts. 566 y 568 establece que:

<<la cuestión radica en la naturaleza jurídica que se le pueda dar al contenido del artículo 573 del Código Penal. Si consideramos que es una modalidad o subtipo agravado, que refunde en su texto varias conductas que consideradas aisladamente serían penadas y calificadas con independencia, tendríamos que convenir que la parte recurrente lleva razón. Si por el contrario, estimamos que se trata de

una agravación específica que se proyecta sobre cada uno de los delitos y conductas típicas que se incluyen en su texto (depósito de armas, tenencia o depósito de explosivos, fabricación, tráfico o transporte y mera colocación o empleo), que tiene su prolongación en el artículo 574 del Código Penal al extender la agravación a cualquier otra infracción, podemos llegar a la conclusión de que el artículo 573 es una cláusula específica de agravación, que produce sus efectos, como ya se ha dicho, sobre las distintas modalidades delictivas que se describen por el legislador. Es decir, el texto del artículo que comentamos se remite, en cada caso, a los artículos 566 y 568 del Código Penal. La interpretación contraria nos llevaría al contrasentido de que el legislador, en los supuestos en que los delitos de depósito de armas y explosivos, fuesen cometidos por personas no relacionadas con bandas armadas o elementos terroristas, abrirían paso al concurso real, mientras que, cuando ambos delitos son cometidos por personas integradas en bandas terroristas, se produciría una incomprensible unidad delictiva que favorecería a estos autores, con lo que se contraviene y se rompe toda la política criminal que los redactores del Código han puesto en marcha para castigar los hechos relacionados con el terrorismo. Cuando el legislador se refiere a «tales hechos» se entiende, por una mera interpretación sistemática y lógica, que se está remitiendo a cada una de las modalidades delictivas contenidas en el enunciado inicial (depósito de armas y depósito de explosivos) de los artículos 568 y 566 del nuevo Código Penal>>.

Tomamos posición en el sentido de la primera sentencia analizada entendiendo que estamos ante un concurso ideal de delitos, porque lo contrario supondría sancionar dos veces la misma conducta, lesionando claramente el principio *non bis in ídem*, y unido a esto, interpretamos con criterio gramatical, que el art. 573, no se remite a los arts. 566 y 568, sino lo que hace es sancionar conductas similares para situaciones donde concurre un propósito terrorista, por lo que las interpretaciones sistemática y lógica quedarían relegadas a un segundo plano.

Asimismo, el art. 573, entra en concurso ideal con el delito de daños, precisamente la S.A.N. 49/1998, de 3 de diciembre, (R.J. 1998\5654), declara que:

<<El Código Penal, sanciona la causación de daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos, según el art. 263, sin distinguir el medio comisivo. El art. 568 del Código Penal y el art. 573 cuando se trata de pertenecientes o al servicio de bandas armadas, penalizan entre otras situaciones la tenencia de aparatos explosivos, donde estaría comprendido el utilizado en el resultado lesivo que nos ocupa. Para que el acusado pudiera responder penalmente de dicha tenencia es exigible la disponibilidad del artefacto, y esa hay que atribuírsela aunque no lo haya construido ni transportado personalmente al lugar de los hechos, pues actuando en unión de otra persona para asegurar la acción, resulta indiferente los movimientos concretos que con el artefacto realizara uno u otro, cuando estaban de acuerdo en su utilización.

Por la forma en que se desarrollaron los hechos se considera que la infracción de tenencia de artefacto explosivo se produjo como medio necesario para cometer el delito de daños, lo que implica según lo dispuesto en el art. 77 del Código Penal y hecho el cálculo correspondiente, que resulta más favorable penar por separado ambas conductas que imponer la pena reservada al delito más grave (tenencia de explosivos de quienes actúan al servicio de bandas armadas del art. 573) en su mitad superior (de 8 a 10 años de prisión)>>.

En la mayoría de las ocasiones entre la conducta sancionada en este art. 573 y la de daños habrá que construir un concurso ideal medial de delitos, porque es lógico pensar que el sujeto que posee o que coloca aparatos explosivos, lo hace para provocar daños en las cosas, y si castigásemos por los dos tipos delictivos, el depósito o la colocación y los daños, entraríamos en el concurso real con evidente vulneración del principio *non bis in ídem*; sin embargo, en el supuesto enjuiciado entra en juego el punto dos del art. 77, ya que la pena prevista en la mitad superior para la infracción más grave rebasa la resultante de la suma de la que habría que aplicar si se penaran aisladamente, por lo que el Tribunal las sanciona por separado.

La S.A.N. 28/2000, de 20 de octubre, (R.J. 2001\44379), hace un examen exhaustivo del art. 564 -tenencia de armas de fuego reglamentadas, careciendo de las licencias o permisos necesarios-, en relación con este art. 573:

<<el bien jurídico protegido viene integrado por la seguridad del Estado y por la seguridad general o comunitaria, a las que se pone en un grave riesgo y peligro con instrumentos aptos para herir, o incluso matar, que se hallan en mano de particulares, sin la fiscalización y control que supone la expedición estatal de la oportuna licencia y guía de pertenencia. Es un delito de amplio espectro porque se consuma con distinta gravedad (siempre por la simple detentación independientemente de que se haga o no uso del arma) desde la posesión más o menos intrascendente, sin mayor proyección, hasta constituir un acto de suma gravedad para la paz social dado el número o calidad de las armas, la personalidad del agente o la presumible finalidad que con ella se persigue. Delito de propia mano, lo comete aquel que de forma exclusiva y excluyente goza de la posesión del arma, aunque a veces pueda pertenecer a distintas personas o, en último caso, pueda estar a disposición de varios con indistinta utilización, razón por la cual extiende sus efectos, en concepto de tenencia compartida, a todos aquellos que conociendo su existencia en la dinámica delictiva, la tuvieron indistintamente a su libre disposición. El delito exige un "corpus" (detentación, aprehensión o posesión del arma) y un "animus" (intención de poseer, "animus possidendi", "animus rem sibi habendi") que excluye las detenciones fugaces, pasajeras o momentáneas. No exige el

tipo una perduración posesoria del arma o armas a través de cierto período temporal, bastando la posesión y disponibilidad del arma con plena autonomía. El arma ha de hallarse en condiciones de funcionamiento pero precisando que para estimar inútil un arma, ha de estar en forma que ni pueda hacer fuego ni ser puesta en condiciones de efectuarlo.

La aptitud para el disparo se debe apreciar en forma abstracta y no como una posibilidad inmediata del arma... Basta la presencia del corpus unida al “animus possidendi”, o simplemente “delinendi”, no siendo indispensable un “animus dominu” o “rem sibi habendi”, lo que se traduce en una relación entre la persona y el arma que, permitiendo la disponibilidad de la misma, haga factible su utilización merced a la libre voluntad del agente, uso relacionado con el destino o función que es inherente al arma de fuego, ausente siempre la preceptiva cobertura reglamentaria. Es preciso la presencia de la conciencia de la ilicitud de la posesión, por lo que cabe la posibilidad de exoneración de responsabilidad cuando es susceptible de apreciarse el error de derecho... El tipo se consuma por la posesión no autorizada, independientemente de que se haga uso o no del arma...

Sea cual fuere el resultado producido con la acción, se considera consumado el tipo penal sin mención ni referencia alguna a los delitos que tales resultados pudieran integrar, a menos que por razón de las infracciones concretas cometidas, consecuencia de resultado, correspondiera pena mayor, en cuyo caso quedaría absorbido el delito del art. 573 C.P. Esto constituye a tal precepto en infracción penal de alternancia, porque existirá o no, autónomamente, según las consecuencias jurídico-penales del resultado originario. El art. 573 es una cláusula específica de agravación que produce sus efectos sobre las distintas modalidades delictivas que se describen por el legislador en los arts. 566 y 568 C.P.

En este último precepto (artículo 573 C.P.) se incluye la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, su fabricación, tráfico y transporte, así como su mera colocación o empleo, cuando tales hechos sean cometidos por quienes pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas>>.

Nos encontramos ante otra modalidad de conducta que sólo exige la mera tenencia, sin ningún resultado. En este caso enjuiciado, el sujeto posee armas de guerra y de fuego no autorizadas o prohibidas, por lo que su conducta es constitutiva del art. 573, en relación a los arts. 566 y 568, frente al tipo común de tenencia de armas de fuego reglamentadas careciendo de las licencias o permisos necesarios, del art. 564, que en este supuesto quedaría absorbido. Si se hubiere producido un resultado delictivo por la colocación o el empleo que se describe en este tipo del art.573, hubiese entrado en concurso de infracciones penales.

En general el C.P. en esta materia, realiza una regulación casuística y algo compleja, que a la vez plantea problemas concursales por la redacción de los preceptos, y que sanciona diversas modalidades delictivas sin discriminar en función de la gravedad de los actos y del contenido de reprochabilidad de los mismos.

V. Cláusula residual.

Sanciona el art. 574 con la pena señalada al delito o falta en su mitad superior a aquellos que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, cometan cualquier otra infracción con alguna de las finalidades expresadas en el art. 571, subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. El legislador cuando se refiere a cometer <<cualquier otra infracción>> y remite a las penas señaladas <<al delito o faltas ejecutados en su mitad superior>>, incluye tanto los delitos como las faltas, que sean instrumento para los fines perseguidos; lo que nos hace plantearnos la cuestión de la capacidad de ciertos delitos y faltas para poner en peligro el bien jurídico ordenamiento constitucional o el de paz pública, como señala Lamarca Pérez²³⁷ <<queda a criterio del tribunal decidir esta idoneidad lo que produce una grave quiebra del principio de seguridad jurídica>>. El tipo aparece configurado de forma residual y subsidiaria²³⁸, aseveración que encuentra apoyo en Prats Canut²³⁹, para el que este precepto: <<Se trata de un supuesto de recogida, en relación a la realización de cualquier otro delito de los comprendidos en el Código Penal, siempre que concurren las notas características de pertenencia a una organización terrorista y ánimo de atentar al orden constitucional y la paz pública>>.

Entrando en el análisis de este artículo, hay que señalar que al agravar o cualificar cualquier conducta delictiva del Código Penal de forma genérica en función de su cualidad de terrorista, entendida como cláusula residual y subsidiaria, se hará preciso valorar las conductas que tienen entidad suficiente para atacar el bien jurídico

²³⁷ LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos contra...*, op. cit., pág. 713.

²³⁸ CARBONELL MATEU, J. C. y MIRA BENAVENT, J. *De los delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 2121, donde realizan esta afirmación, <<el precepto constituye un tipo claramente residual, de aplicación subsidiaria>>.

²³⁹ PRATS CANUT, J. M. *De los delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 2214.

protegido de carácter colectivo, ya que ciertas conductas previstas como delito por su naturaleza no pueden ser calificadas nunca como de este tipo agravado del art. 574, lo que precisa de una interpretación siempre restrictiva por parte del juzgador, que únicamente deberá sancionar como terroristas aquellas conductas que efectivamente por su naturaleza y gravedad, sean idóneas para subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, y no cualquier otra por muy integrado que esté el sujeto en la banda armada, organización o grupo terrorista²⁴⁰. Las conductas, en principio, actas para encuadrarlas en esta modalidad delictiva, son las que constituyan un ataque contra bienes jurídicos, que como muestra podrían ser, la vida, la integridad, la libertad o el patrimonio, siempre que no sean constitutivas de otro tipo de esta sección, no siendo esta enumeración cerrada, lo que provoca inseguridad jurídica, al no conocerse previamente si una acción es constitutiva o no de terrorismo. Realizar una interpretación extensiva supondría vulnerar el principio de legalidad penal, porque entraríamos en un terreno peligroso, donde el legislador deja a criterio de los tribunales la configuración efectiva de los tipos penales y sobre todo en un ámbito que prevé penas tan elevadas, como es el terrorista.

El precepto se refiere expresamente a las faltas ejecutadas, por lo que es posible que algunas de ellas deban ser calificadas como de terrorismo y aplicar por consiguiente la pena en su mitad superior. Nos parece difícil, que una conducta constitutiva de falta pueda ser tan grave como para merecer esta calificación, por mucha finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública que tenga el sujeto activo. La simple comisión de un hecho calificable como de falta, no debe ser considerado con la suficiente gravedad como para recibir este título de terrorista. Creemos que puede lesionarse el principio de igualdad en este precepto, al elevarse a la categoría de delito, conductas que deberían ser faltas, e imponiéndose la misma sanción, por cierto grave. De forma diferente, el legislador ha intentado salvar el principio de proporcionalidad, al preverse la pena en su mitad superior a la correspondiente a los tipos básicos.

Este tipo del art. 574 plantea dificultades de diferenciación con el del art. 576, lo que podría suponer problemas de concursos de normas o leyes penales, para buscar

²⁴⁰ MIRANDA STRAMPER, M. *Delitos contra...*, op. cit., pág. 2751. LAMARCA PÉREZ, C. *Tratamiento jurídico...*, op. cit., pág. 283.

una solución acudimos a Prats Canut²⁴¹: <<Trazar la frontera entre la colaboración recogida en el art. 574 y la colaboración propia del art. 576, en base a criterios poco fiables como son los de “colaborador desde dentro” o “colaborador desde fuera”, no ayuda a una clara delimitación de uno y otro precepto, máxime si tenemos en cuenta que la pertenencia a una banda armada nunca se funda en un acto formal y el mismo debe deducirse de aspectos más o menos indiciarios que en muchas ocasiones carecen de los necesarios criterios de certeza propios de la integración jurídico-penal... Es por ello que, al margen de entender preferible que se hubiere omitido la referencia a la colaboración en el art. 574, creemos que la distinción debe fundarse en razones de tipicidad; así, mientras las conductas del art. 574 se describen como la realización de cualquier otra información, y por tanto se trata de conductas que tienen ya de por sí desvalor y que adquieren un plus de gravedad en atención a su vinculación con actividades terroristas, las conductas descritas en el art. 576, son conductas que carecen de significación penal autónomamente consideradas... por lo cual el desvalor de las mismas deviene de su vinculación con actividades terroristas... el art. 576 contempla conductas que adquieren relevancia penal al ser integradas en actividades terroristas, mientras que las conductas del art. 574, que ya son punibles en sí mismas, el factor terrorismo opera como elemento de agravación>>.

La distinción de las conductas subsumibles en este tipo y las de colaboración del art. 576, la ha realizado de la misma manera, el T.S., en su Sentencia de 25 de abril de 1997, (R.J. 1997\3618)²⁴², argumenta que, la pertenencia a una asociación terrorista no se funda en un acto formal, debiéndose deducir de aspectos indiciarios a los que les suele faltar criterios de certeza. Las conductas de este tipo residual tienen en sí mismas desvalor y poseen un plus de gravedad por su vínculo con acciones terroristas, son punibles de por sí, aflorando el elemento terrorista como agravación, en cambio, las conductas de colaboración no ostentan un significado penal independiente, por lo que el desvalor es fruto de su unión con actividades terroristas, obteniendo así su relevancia criminal. A continuación cuando tratemos el delito de colaboración, se analizará la jurisprudencia sobre su distinción con este tipo residual.

²⁴¹ PRATS CANUT, J.M. *De los delitos de terrorismo*, en Comentarios al nuevo Código Penal, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coordinadores), Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 2490.

²⁴² Siguiendo para su análisis a PRATS CANUT, J. M. *De los delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 2214.

Por su parte, y entrando a analizar algunas resoluciones sobre este artículo, para conformar su ámbito de aplicación, la S.A.N. 38/2003, de 9 de octubre, (R.J. 2003\230461), califica la conducta enjuiciada como un delito de robo con intimidación en las personas con fines terroristas de los arts. 237, 242.1 y 574 del C.P., y no como constitutiva de un delito de atentado contra el patrimonio con el objetivo de allegar fondos a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, o con el propósito de favorecer sus finalidades del art. 575, suscitando la cuestión sobre la delimitación entre estos dos artículos; en este caso la conducta creemos que debió ser sancionada por este último precepto, con la considerable diferencia en materia de penalidad, al prever la pena superior en grado a la que correspondiere por el delito cometido, y el art. 574, la pena prevista a la infracción cometida en su mitad superior:

<<para proveer de medios económicos a la banda terrorista los sujetos activos, tras vencer toda resistencia de los sujetos pasivos mediante la conminación a colaborar so pena de sufrir un mal inminente y grave en sus personas o provocarlo en la familia de uno de ellos (el cajero), mal cuya veracidad se pone de manifiesto por la exhibición de lo que tenía la apariencia de un arma de fuego y la continua invocación a su pertenencia a los GRAPO, se apoderan de más de 285.000 euros de ajena pertenencia con manifiesto ánimo de lucro>>.

Igualmente, la S.A.N. 24/2003, de 13 de junio, (R.J. 2004\269729), condenó a los acusados por robo con fuerza en las cosas de un vehículo a motor de los arts. 574, 244.1, 2 y 3, 237, 238.4, 239 y 240, y consideró constitutiva de este tipo residual la conducta de sustitución de las placas de matrícula de un vehículo a motor, ya que es una falsificación de documento oficial con propósito terrorista, en relación a los art. 390.1. 2º, 392 y 26 del Código Penal, en concreto:

<< las placas de matrícula con las que fueron sustituidas las legítimas... se confeccionaron, esto es, se crearon de manera simulada e induciendo a error sobre su autenticidad -modalidad falsaria recogida en el n.º 2 del apartado 1º del art. 390 que es homogénea a aquella que recoge el Ministerio Fiscal en su calificación y que este Tribunal entiende no aplicable desde el momento en que no fueron alteradas las legítimas, sino reemplazadas por otras simuladas- placas de matrícula que tienen la consideración de documento oficial>>.

Como podemos comprobar, la A.N. engloba dentro de este art. 574 las modalidades de robo, que no serían entonces consideradas como dentro de la esfera del artículo siguiente de atentados contra el patrimonio; si bien, en contraste con las

anteriores, la Sentencia de la A.N. 28/2000, de 20 de octubre, (R.J. 2001\44379), que condenó por un delito de robo con fuerza de los arts. 237, 238.3 y 244.3, en relación con el art. 575, supuesto en el que el Fiscal había calificado los hechos como constitutivos de este tipo de atentados contra el patrimonio.

Otra modalidad de conducta que entraría en este tipo, a juicio de la A.N., serían las amenazas con fines terroristas, presentándose los mismos problemas de delimitación; en su Sentencia de 17 de enero de 2001, (R.J. 2001\175426), consideró como dos delitos de amenazas terroristas de este art. 574 en relación con el art. 169.2º, y no como constitutivas del art. 572.1.3º, el proferir frases amenazantes a un Magistrado y a un Fiscal en el acto de una declaración sumarial, con iguales consecuencias en materia de pena que hemos comentado, ya que como sabemos, este precepto sanciona para cada uno de los delitos de amenazas terroristas, con prisión de diez a quince años, y con la solución adoptada por el tribunal, la pena quedó en la mitad superior a la prevista en el art. 169.2º, de seis meses a dos años, para cada una de las amenazas.

Ponemos de manifiesto los numerosos problemas que plantea este método de legislar, orientado a no dejar sin tipificar y sin sancionar ninguna conducta, a costa de vulnerar los principios fundamentales del Derecho penal, como el principio de taxatividad de las normas y de seguridad jurídica. La solución para resolverlos, en tanto y en cuanto el legislador no modifique su criterio, aunque es inadecuada en buena dogmática jurídico-penal, pasa por intentar subsumir la conducta en cualquiera de los tipos que engloban esta sección del C.P., y si ello no es posible, acudir a este art. 574.

VI. Atentados contra el patrimonio con fines recaudatorios.

El delito contra el patrimonio para allegar fondos con fines recaudatorios o para favorecer las finalidades de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, está previsto en el art. 575, constituyéndose, como afirma Lamarca Pérez²⁴³, en <<una de las mayores novedades de los tipos de terrorismo del C.P. de 1995>>. El legislador lo ha configurado como un tipo agravado o cualificado en referencia a los tipos comunes contra el patrimonio, ya que prevé una pena superior en grado para los

²⁴³ LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos contra...*, op. cit., pág. 712.

atentados contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico comprendidos en el Título XIII del C.P., que especificaremos a continuación.

La primera cuestión que se plantea sobre este tipo es buscar su sentido, el motivo por el que el legislador especifica esta conducta, cuando podría perfectamente haber entrado en el artículo anterior o en la colaboración del siguiente, como hemos comprobado que han hecho los tribunales, calificando conductas de robo como constitutivas del tipo residual y subsidiario. La segunda cuestión que se plantea sobre este precepto, es que, a diferencia de lo que ocurre con los delitos de terrorismo estudiados, aquí ya no se exige que la conducta se realice con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, sino que se puede llevar a cabo las conductas contra el patrimonio con la única finalidad de allegar fondos a las asociaciones terroristas, conducta que parece una clara colaboración, aunque a continuación expresamente se diga que si se realizan las conductas con el propósito de favorecer sus finalidades²⁴⁴, es decir, -subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública-, se incurre igualmente en el tipo; sin perjuicio, de que el sujeto pueda ejecutar las acciones contra el patrimonio con la finalidad de allegar fondos a la asociación delictiva con la idea de producir la subversión del orden constitucional y la consecuente alteración de la paz pública como lógica y previsible consecuencia. De igual forma, el elemento estructural u organizativo tampoco es preciso en este precepto como elemento del tipo; por lo que al carecer de las dos notas esenciales que determinan que una conducta delictiva pueda ser calificada como terrorista, elementos teleológico o finalístico y estructural u organizativo, se podría afirmar que en este artículo se están protegiendo los bienes jurídicos propios de los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico, pudiendo ser una forma específica de colaboración tipificada expresamente; añadiendo graves problemas de delimitación con los dos artículos que le siguen.

²⁴⁴ La anteriormente aludida S.A.N. 38/2003, de 9 de octubre, (R.J. 2003\230461), calificó los hechos como un delito de robo con intimidación en las personas con fines terroristas de los arts. 237, 242.1 y 574 del C.P., y no como un delito de atentado contra el patrimonio con el fin de allegar fondos a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, o con el propósito de favorecer sus finalidades, del art. 575. En la misma línea la ya referida S.A.N. 24/2003, de 13 de junio, (R.J. 2004\269729), condenó a los acusados por robo con fuerza en las cosas de un vehículo a motor de los arts. 574, 244.1, 2 y 3, 237, 238.4, 239 y 240. En la citada S.A.N. 28/2000, de 20 de octubre, (R.J. 2001\44379), el Fiscal, contrariamente, calificó los hechos como un delito de robo con fuerza de los arts. 237, 238.3 y 244.3, en relación con el art. 575, todos ellos del C.P.

De lo anterior, se colige que el sujeto activo puede ser cualquier persona²⁴⁵, tanto el *extraneus* como el *intraneus*, es decir, el sujeto que pertenezca, actúe al servicio o colabore con banda armada, organización o grupo terrorista, o el individuo que no tenga ninguna relación con las asociaciones terroristas, siempre que se dé el requisito o propósito de allegar fondos o de favorecer las finalidades de las mismas, a través de estas acciones. El artículo 575 dice: << Los que, con el fin de allegar fondos a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas señalados anteriormente, o con el propósito de favorecer sus finalidades...>>, el legislador no ha querido dejar al margen a los *intraneus*, porque sino, le hubiese bastado con redactar el tipo como en el art. 577, es decir: << Los que, sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista...>>. Presumimos que no ha querido hacer distinciones entre integrantes y no integrantes, por lo que pueden ejecutar la conducta delictiva descrita en el tipo, tanto unos sujetos como otros. Esta interpretación, aunque controvertida y nada pacífica, puede también sustentarse con el argumento basado en que ningún artículo precedente tipifica expresamente la figura de atentado contra el patrimonio realizado por el integrante de una asociación terrorista, y asimismo, el art. 576, en su punto dos, enumera los actos de colaboración, y entre ellos lo son <<...en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género...>>, siendo el legislador consciente de esto, ya que aquí sanciona expresamente actos de colaboración, cooperación, ayuda o mediación económica, que serían los únicos que quedarían por tipificar.

El sujeto pasivo, es el titular de cada objeto de contenido patrimonial que ha sido atacado por la conducta típica, y además es el común a todos los delitos terroristas de esta Sección del C.P., es decir, la colectividad o la sociedad, en la medida en que con

²⁴⁵ En este sentido, SERRANO GÓMEZ, A. Derecho Penal, Parte Especial..., op. cit., pág. 925: <<Del texto legal se desprende que quienes llevan a cabo estas conductas no es necesario que pertenezcan a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, aunque también se incluyen aquí los que forman parte de las mismas>>. CARBONELL MATEU, J. C. *Terrorismo...*, op. cit., pág. 1047. Dice este profesor que <<la figura en estudio no exige que el sujeto activo pertenezca, actúe al servicio o colabore con banda armada. Por más que resulte ciertamente difícil no calificar el mismo hecho como de colaboración. De ahí las dudas que suscita la aplicación acumulada de los arts. 575 y 576>>. HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R. *De los delitos de terrorismo...*, op., cit., pág. 4899: <<El tipo no exige que el sujeto activo sea integrante o colaborador de las bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas>>. POLAINO NAVARRETE, M. *Delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 912: <<El autor no ha de ser miembro integrante de las organizaciones criminales que se ocupan de la realización de actividades terroristas. Es indiferente que el sujeto pertenezca o no a estas organizaciones delictivas. Se limita a realizar delitos contra el patrimonio con la intención consignada en la ley: “allegar fondos” a aquéllas o “favorecer sus finalidades”>>. Lo que creo que debe interpretarse como que no lo exige, pero tampoco nada obstaculiza, el que si pueda ser integrante o colaborador de estas asociaciones terroristas.

la realización de estas acciones se dota de fondos a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, o se favorece sus finalidades, lo que provoca la puesta en peligro o la futura lesión del bien jurídico protegido de carácter colectivo, ya que estas asociaciones para poder ejecutar sus acciones terroristas, necesitan una importante cantidad de recursos económico-financieros, con lo que se ayuda al logro de sus objetivos.

Otra duda que cabe plantearse, es si el legislador al hacer reseña en el tipo a los que <<atentaren contra el patrimonio>>, se está refiriendo a los clásicos delitos patrimoniales de nuestro ordenamiento jurídico penal o también se incluyen los delitos contra el orden socioeconómico, de menor tradición en nuestra legislación y algunos de reciente creación o introducción en nuestro ordenamiento jurídico penal. Creemos que la gran cantidad de conductas diferentes del Título XIII del Libro II del C.P., que se encuentran bajo la rúbrica <<Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico>>, hace necesario realizar una acotación, delimitando estos delitos como únicamente los que puedan tener relación directa con el objetivo terrorista que ya conocemos, o con el propósito de favorecer sus finalidades de subversión del orden constitucional o de alteración grave de la paz pública. Las acciones que *strictu sensu* y en su esencia estén impregnadas de estas características son objetivamente constitutivas de este tipo, el resto por su carácter no terrorista será necesario incardinarlas en los artículos comunes. En definitiva, son idóneas las conductas contra el patrimonio para configurarse como delitos de terrorismo propios de cooperación económica, los delitos puramente patrimoniales como: el hurto, el robo, la extorsión, el hurto y robo de uso de vehículos, la usurpación -aunque parece difícil pensar en que este tipo de actividades delictivas puedan calificarse de terroristas como pueda ser ocupar un inmueble de forma violenta por parte de un sujeto que tiene finalidad de favorecer a una asociación terrorista- la estafa, la apropiación indebida, los daños, y como delitos contra el orden socioeconómico: sólo la receptación y otras conductas afines. Se plantea la cuestión si sería posible incluir también los delitos fiscales del Título XIV <<De los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social>>, arts. 305 a 310, lo que parece que debe obtener una respuesta negativa a la luz de la redacción del precepto que es determinante al establecer que los que <<atentaren contra el patrimonio>>, ahora bien, esto no quita para que las conductas de cooperación, ayuda o mediación económica, a través de la

comisión de delitos fiscales o contra la seguridad social, no puedan ser consideradas y sancionadas como tales, de colaboración del artículo siguiente.

La conducta típica debe realizarse de forma dolosa, y al igual que acontece con los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico debe hacerse con dolo, entendido como conocimiento y voluntad de lesionar estos dos bienes jurídicos protegidos. Es preciso tener en cuenta, que en este tipo el legislador ha optado por configurar el elemento subjetivo de lo injusto de forma alternativa, en el cual, ya no es necesario que se tenga la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, sino que se puede tener la sola finalidad de <<allegar fondos>> a estas asociaciones delictivas, entendido como intención de favorecer económicamente al terrorismo. Cuando el artículo se refiere a <<favorecer sus finalidades>>, debemos interpretarlo como los propósitos clásicos, y no como finalidades u objetivos económicos que ya están expresamente incluidos en allegar fondos, interpretación, por otra parte, más ajustada al tenor literal del precepto, en vez de concebir este enunciado de favorecer sus finalidades, como que el legislador esté optando sólo por las modalidades delictivas de favorecimiento económico, que como se ha mostrado, se encuentran incluidas en la locución allegar fondos, lo que en este caso hace que el delito se configure como intencional de resultado cortado²⁴⁶, debiendo el dolo, como se ha manifestado, abarcar el conocimiento y voluntad de favorecer las finalidades terroristas.

El delito, como se desprende de lo expuesto, es de resultado en relación con los bienes jurídicos patrimonio y orden socioeconómico, y de peligro abstracto en relación con el bien jurídico ordenamiento constitucional y paz pública, en la medida, en que se consuma cuando se realiza la conducta típica contra el patrimonio o el orden socioeconómico; no obstante, hay opiniones que sostienen que puede no resultar favorecimiento alguno para la asociación terrorista²⁴⁷, ya que el verbo típico es exclusivamente atentar contra el patrimonio. Con la introducción de este precepto, lo que ha querido el legislador es sancionar las conductas, que en la práctica se pretendan realizar con la intención de obtener fondos económicos para sufragar los gastos y

²⁴⁶ POLAINO NAVARRETE, M. *Delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 912.

²⁴⁷ LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C. *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 582.

mantener financieramente a estas asociaciones terroristas, que necesitan una cantidad notoria de dinero para, por ejemplo, comprar armamento, munición, explosivos, alquilar inmuebles, pagar manutención y retribuciones a miembros, colaboradores y sujetos que actúan al servicio, o para labores de propaganda o de instrucción de sus miembros. El tipo está pensado para las conductas de robo con violencia o intimidación llevados a cabo en entidades financieras para obtener fondos, realizadas en la mayoría de los casos por el G.R.A.P.O., ya que E.T.A., prefiere el sistema de extorsiones y secuestros.

La redacción típica abre la posibilidad de establecer un concurso real de delitos con el artículo siguiente, es decir, con el delito de colaboración del art. 576, porque expresamente dice que la pena será la <<superior en grado a la que correspondiere por el delito cometido, sin perjuicio de las que proceda imponer conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente por el acto de colaboración>>; lo que podría vulnerar el principio *non bis in ídem* en opinión de la doctrina mayoritaria²⁴⁸, porque se sanciona dos veces por el mismo plus de disvalor de la conducta de colaboración o de facilitación de sus finalidades de este art. 575 y con la acción de colaboración del siguiente. Lamarca Pérez²⁴⁹ ofrece una elegante solución, al proponer que: <<si la colaboración lo es en un hecho concreto, como por ejemplo un delito contra el patrimonio, habrá que castigar la conducta como autoría o participación en el mismo, y sólo si la conducta no se puede vincular a ningún delito cabe aplicar el tipo genérico de colaboración>>. Otra posible interpretación sería en el sentido de entender que el concurso real no es obligatorio, con la objeción del tenor literal que es claro, pero en todo caso, la distinción con el art. 576 estará en función de si la conducta de allegar fondos se ha realizado directamente atentando contra el patrimonio, caso en el que estaríamos en el ámbito típico de este art. 575, o en el supuesto contrario, si se ha ayudado, cooperado o mediado, sin que se hubiere atentado directamente contra el patrimonio, donde entraríamos en el terreno de la colaboración del artículo siguiente²⁵⁰.

²⁴⁸ No así CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. Contestaciones de Derecho Penal..., op. cit., pág. 579, que entiende que el concurso es posible si, junto a la recaudación de fondos, se producen otras modalidades de colaboración del art. 576.2.

²⁴⁹ LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos contra...*, op. cit., pág. 712.

²⁵⁰ CAMPO MORENO, J.C. Represión penal..., op. cit., pág. 93. OLMEDO CARDENTE, M. *Los delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 150, que propone la solución siguiente: <<El origen de la aportación debe ser necesariamente delictivo y constituir formalmente un atentado al patrimonio de alguien, pues de lo contrario o nos encontramos ante los supuestos de amenazas condicionales en las que se exige un precio... o si se trata de una ayuda económica voluntaria resultará de aplicación el art. 576.2>>.

La distinción de este tipo con el anterior ha quedado ya tratada desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial y los problemas de concurso con la colaboración se estudiarán seguidamente.

VII. La colaboración.

La colaboración es una figura que ha sido contemplada en la legislación española a lo largo del tiempo y que hoy está regulada en el art. 576 del C.P. Colaborar, según el D.R.A.E.²⁵¹, es trabajar con otros, ayudar o contribuir a un fin, en definitiva cualquier tipo de favorecimiento, lo que ha permitido que este precepto sea un auténtico cajón de sastre para poder sancionar cualquier género de conducta que de no existir este tipo serían simples actos preparatorios o encubrimientos impunes²⁵². En el primer apartado, se castiga, con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses, al sujeto que realice, recabe o facilite, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista. En el segundo apartado, se define lo que son actos de colaboración, a saber: la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas; y, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación económica o de otro género, con las actividades de estas organizaciones; configurándose esta cláusula como residual y de tipo analógico, para hacer funciones de cajón de sastre y así poder incluir cualquier tipo de conducta imaginable. En el último apartado, se señala que cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas, se impondrá la pena prevista en el apartado uno, en su mitad superior, añadiendo que, si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos.

²⁵¹ Diccionario de la Real..., op. cit., pág. 355.

²⁵² LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos contra...*, op. cit., pág. 713.

El sujeto activo de este delito, como declara la doctrina²⁵³, es un *extraneus*, un sujeto que es ajeno a la banda armada, organización o grupo terrorista y realiza estas conductas de forma no habitual, ya que realizarlas de forma reiterada, llevaría consigo su pertenencia a las mismas²⁵⁴.

El sujeto pasivo y el bien jurídico protegido²⁵⁵ son los comunes a todos los delitos terroristas, aquí no se produce la lesión de un bien jurídico particular de uno o varios sujetos pasivos concretos, como por ejemplo sucede en los arts. 571, 572, 574, 575, 577 ó 578, por lo que no queda individualizado como cuando se atenta, por ejemplo, contra la vida humana independiente, la integridad, la libertad, el patrimonio, etc.

La conducta típica radica en actos que son de colaboración genérica²⁵⁶ y material, y no ideológico o moral²⁵⁷, sin que se dirija a la ejecución de un plan concreto y específico que haría, como se ha dicho previamente, que se castigase como participación en el delito concreto ejecutado; debiéndose realizar esta distinción entre colaboración y participación en un acto delictivo concreto, en función de la fase delictual en la que se preste la colaboración²⁵⁸. Así en la S.A.N 36/05, de 26 de septiembre, (R.J. 2005\219248), que condena a los acusados por un delito de integración en una organización terrorista, en concreto en la red terrorista Al Qaeda, y

²⁵³ LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos contra...*, op. cit., pág. 713 y en Tratamiento jurídico, op. cit., pág. 251. También HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R. *De los delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 4902.

²⁵⁴ MESTRE DELGADO, E. *Delincuencia terrorista...*, op. cit., pág. 202, para el que: <<Las actividades típicas del delito de colaboración con banda organizada y armada sólo pueden ser realizadas por personas que no pertenezcan a la misma, ya que los actos de tal carácter cometidos por los miembros de la organización no significan otra cosa que el desarrollo de una conducta incluida en el concepto de pertenencia a la organización delictiva>>, en la pág. 205 <<concluye que el tipo de colaboración con bandas organizadas y armadas debe aplicarse exclusivamente a personas que no formen parte, en uno u otro grado orgánico, de las organizaciones terroristas>>. CAMPO MORENO, J. C. *Represión penal...*, op. cit., pág. 74, de igual opinión, <<autor del delito de colaboración con banda armada sólo puede serlo el no integrado y que realiza actos de colaboración eficaces y eficientes para favorecer y apoyar las acciones cometidas por dicho comando armado>>.

²⁵⁵ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *Colaboración con banda armada...*, op. cit., pp. 211 y 214. Para este autor el sujeto pasivo en este delito es el Estado y el bien jurídico protegido la seguridad interior del Estado.

²⁵⁶ CANCIO MELIÁ, M. *De los delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 1391, para el que <<la colaboración que aquí se incrimina puede denominarse simple o genérica, ya que, a diferencia de los artículos anteriores, no está vinculada con una actividad delictiva concreta, si no consiste en el apoyo genérico a la organización terrorista>>.

²⁵⁷ De esta opinión es MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, Parte Especial...*, op. cit., pág. 783; y CALDERÓN CERREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Derecho Penal, Parte Especial...*, op. cit., pág. 674, para los que la colaboración psicológica sería sancionable por el art. 578.

²⁵⁸ LAMARCA PÉREZ, C. *Tratamiento jurídico...*, op. cit., pág. 253.

por colaboración con ella, así como por conspiración para cometer el delito de homicidio terrorista, se afirma que:

<<El delito del art. 576 CP anticipa la protección penal por razones de política criminal, de modo que, de un lado, si los actos de colaboración estuvieran en relación de causa-efecto con un hecho delictivo concreto, la acción del sujeto activo integraría una de las formas de participación en el delito de resultado como coautor o cómplice, según su intervención fuere nuclear o periférica. Y, de otro lado, aun siendo un delito de mera actividad y de riesgo abstracto que se suele integrar por una pluralidad de acciones en tracto sucesivo, en nuestra opinión, no se puede descartar la existencia de formas incipientes de comisión que, rebasando el límite de lo impune, no llegue a constituir un verdadero acto de cooperación, ayuda o mediación con las actividades de la banda armada, organización o grupo terrorista, a pesar de la voluntad manifestada del sujeto activo de coadyuvar a los fines de dichos grupos delictivos>>.

Según Muñoz Conde²⁵⁹, este artículo no entraría en juego en el supuesto en que la colaboración lo fuese con en el terrorismo individual, tipificado en el artículo siguiente, donde serían de aplicación las reglas comunes de participación criminal. Realmente, lo que se busca por parte del legislador, es castigar a aquellos sujetos que no se les ha podido probar su pertenencia, integración²⁶⁰ o actuación al servicio de estas asociaciones terroristas, supliendo esa falta de pruebas por la extensión del ámbito de la responsabilidad criminal²⁶¹, en la medida en que si acudimos a la doctrina de nuestros tribunales comprobaremos que exigen una serie de requisitos, que son objeto de prueba, a la hora de condenar por integración en banda armada, organización o grupo terrorista, y que no siempre es fácil reunir las pruebas adecuadas para enervar correctamente el principio de presunción de inocencia del acusado, por lo que siempre queda a la acusación la posibilidad que ejerce, todo hay que decirlo, la mayoría de las veces, de calificar la conducta de forma alternativa para que en el caso de no conseguir una condena por integración, obtenerla por colaboración.

²⁵⁹ MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial., op. cit., pág. 783.

²⁶⁰ Sobre la integración en asociaciones terroristas: BLAY VILLASANTE, F. *Delito de integración en bandas armadas u organizaciones terroristas o rebeldes*, en La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión, Comentarios a la Legislación Penal, Revista de Derecho Público, Tomo XI, Edersa, Madrid, 1990, pp. 69 a 120.

²⁶¹ En esta tesis, LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pp. 248 a 250.

Para concretar la distinción entre este delito de colaboración y la integración en una asociación terrorista, es preciso acudir al análisis de la jurisprudencia, como la Sentencia del T.S. 220/06, de 22 de febrero, (R.J. 2006\903) y de la A.N. 19/06, de 21 de marzo, (R.J. 2006\170), y la 24/1999, de 24 de junio²⁶², que en concreto afirma que la ayuda sin conexión con un delito concreto constituye colaboración, mientras que la integración requiere la pertenencia a la banda armada, organización o grupo terrorista como miembro que asume sus directrices:

<<el art. 576 contempla el delito de colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista... este tipo requiere que el sujeto no sea integrante y que sus actos no estén causalmente conectados a la producción de un resultado delictivo concreto. Deben ser actos relevantes para un eficaz favorecimiento, con conciencia y voluntad, elemento subjetivo, de prestar ayuda a una banda armada o grupo terrorista, pero desligados de un acto terrorista determinado, pues si se realiza éste en conexión con el favorecimiento, ya entra la conducta en el área de la participación criminal en este delito, que absorbe la colaboración, en el caso de estar más gravemente penado. La diferencia entre la pertenencia y la colaboración estriba en que el primero es miembro de la organización y forma parte de ella, siguiendo sus directrices, sirve y no ayuda a los objetivos y propósitos perseguidos. La pertenencia supone la existencia de unos vínculos de alguna manera estables, que le determinan a asumir la jerarquía y disciplina>>.

Se asevera en esta sentencia, que el delito de pertenencia a banda armada, de los arts. 515 y 516.2º, requiere que de manera estable se forme parte de una organización terrorista, siguiendo sus directrices e instrucciones, como en el caso enjuiciado, en que constituían un comando activo, que recibía los instrumentos para actuar y las instrucciones con los objetivos que debían perseguir; calificando como delito de colaboración con banda armada del art. 576, la conducta del sujeto que facilita el transporte en su coche a otros acusados, sabiendo que constituían un comando de E.T.A. que necesitaban su ayuda para poder utilizar dos coches para dificultar su localización en su escondite y en donde realizaban las acciones, lo que implica voluntad de apoyo a la banda armada, aunque se debiese a la amistad que le unía a sus miembros.

De entre las muchas resoluciones de nuestros tribunales sobre el concepto de colaboración, la S.A.N. 28/2000, de 20 de octubre, (R.J. 2001\44379), que elabora un profundo análisis y distingue de la integración en banda armada, organización o grupo terrorista, no obstante discrepamos con ciertas afirmaciones que se vierten en la

²⁶² Igualmente se pronuncia la S.A.N. 37/1998, de 22 de junio, (R.J. 1998\3024).

sentencia, como la justificación a la lesión de los principios de legalidad y seguridad jurídica que hace el precepto, en base a la necesaria defensa de bienes jurídicos importantísimos como la vida, la seguridad de las personas o la paz social frente a la violencia terrorista, anticipando la barrera de la protección penal, de forma excesiva y entendemos innecesaria, en la medida en que incrimina conductas que a todas luces son meros actos de preparación que deberían ser impunes:

<<La sencillez y linealidad del tipo delictivo de la colaboración con organización terrorista es más aparente que real... dista mucho de ser detallada y esclarecedora... Bajo conceptos tales como “colaboración”, “favorecimiento” y “cooperación”, el C.P. viene a referirse a una diversidad de comportamientos por cuyo través se viene a castigar, en definitiva, a quien “lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista”. De ello ha de inferirse que lo que se persigue no es propiamente la colaboración en sí misma considerada, sino los actos por los que la colaboración se manifiesta. La S.T.S. de 8 de marzo de 1995 (RJ 1995\1910) expresaba que el precepto que nos ocupa deja el campo abierto al enjuiciamiento de cualquier acto de colaboración que favorezca a la banda armada o a sus miembros y hace, en el párrafo segundo, una descripción enunciativa de actividades extendiendo la tipicidad penal o cualquier otra forma de colaboración, ayuda o mediación económica o de otro género donde padecen, sin duda, los principios de legalidad y de seguridad jurídica (perfectamente predicable del nuevo art. 576); su justificación reside... en la necesidad de defensa de bienes jurídicos tan importantes como la vida, la seguridad de las personas y la paz social (valores constitucionales de primer orden, arts. 10.1, 15 y 17 CE) frente a la irracionalidad de la actividad terrorista o de cualquier tipo de manifestación violenta en un Estado democrático, que no tiene cegada -por esencia- ninguna fuente de libre expresión, aunque dichas actividades no pasen de la fase preparatoria o de simple ayuda, porque la prevalencia de aquellos bienes personales y comunitarios obliga a anticipar la barrera de la protección penal. El propio T.S. en Sentencia de 20 de enero de 1989 (RJ 1989\58) manifestaba..., que se trataba “de un tipo abierto, de mera conducta o actividad, porque no exige un resultado o modificación del mundo exterior, sino que el desvalor del acto cobra especial relieve, sancionándose la acción u omisión con independencia de los resultados...”

El de colaboración con organización terrorista es, por lo pronto, un delito de peligro respecto de un bien jurídicamente protegido que puede no dañarse, pero al que sí se somete a un riesgo. Es una potencialidad, una posibilidad, una eventualidad de daño para el bien jurídico específico. El tipo no exige la realización de un peligro efectivo, pero sí una actividad capaz de producir peligro para el bien jurídico, en tanto elemento material que integra el tipo penal... la “causa puniendi” es el apoyo o favorecimiento de la organización terrorista para facilitar “el mejor logro de su ilícita actividad”, mediante el desarrollo de actos... conectados a la organización, en cuanto tal, con conciencia del favorecimiento y de la finalidad buscada por aquélla y con voluntad de ayuda al grupo terrorista... la jurisprudencia exige que el acto de

colaboración sea -al menos en potencia- eficaz, positivo y útil para las acciones de la organización terrorista, lo que no concurre en los simples supuestos de disponibilidad anímica a prestar ayuda a aquélla. Desde la vertiente culpabilística, el T.S. (S. de 26 de diciembre de 1989 [R.J. 1989\9780]) ya ha expresado: “Pero no basta la aportación material de elementos de apoyo se exige, además, por imperativo del principio culpabilístico que configura nuestro sistema penal, que el acusado conozca la pertenencia a banda armada de las personas a las que presta su colaboración, es decir, que tenga conciencia de que está realizando actos de favorecimiento de los fines y actividades de la organización a la que presta ayuda”. Este aspecto culpabilístico del ilícito que se estudia ha sido sistematizado por el T.S. en Sentencia de 27 de mayo de 1988 (RJ 1988\3839), detallando que el sujeto activo ha de ser consciente de:

1º La existencia de un grupo o banda armada dotada de organización. 2º Que la actividad delictiva tiene suficiente entidad como para ser rechazada por las normas socio-culturales de la colectividad del entorno en que se cometen los hechos -los actos de correo, alojamiento y traslado, facilitan la ilocalización y la impunidad- y, 3º Como elemento subjetivo del injusto, saber que con ello se causa una incidencia grave a la seguridad ciudadana.

Circunstancias, las referidas, cuya concurrencia conjunta determina la consumación, pues la figura delictiva que se contempla se agota en el mismo acto de colaboración o favorecimiento, con independencia del resultado... el carácter diferenciado del delito de colaboración con organización terrorista respecto del de integración en organización terrorista, como presupuesto excluyente de la propia tipicidad del primero, habrá que concluir en que éste constituye un tipo penal de simple actividad en el que el legislador, por razones de política criminal fácilmente perceptibles, ha optado por anticipar la barrera penal de los antelativos y adelantados actos de facilitación a los propiamente lesivos o de puesta en peligro del bien jurídico que se trata de salvaguardar, y solamente podrá ser aplicado cuando la actividad de colaboración tenga entidad autónoma e independiente de cualquier otra modalidad delictiva a la que haya contribuido, de tal modo que este tipo penal exige que los actos que lo integren no estén causalmente conectados a la producción de un resultado delictivo concreto y que, realizado éste y probada la conexión de favorecimiento en el delito cometido, entra en el área de la participación criminal que absorbería la colaboración en el caso de estar aquélla más gravemente penada>>.

La S.T.S. 1127/2002, de 17 de junio, (R.J. 2002\8925)²⁶³, realiza la distinción entre el delito de colaboración y el art. 516 del C.P. que sanciona a los integrantes de

²⁶³ El T.S., en su Sentencia 785/2003, de 29 de mayo, (R.J. 2003\6321), en igual sentido, dice que: <<En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha efectuado el deslinde entre los delitos de integración en banda armada de los arts. 515 y 516 y de colaboración con banda armada del art. 576, ambos del Código Penal, en relación a la intensidad y persistencia de la persona en la estrategia y métodos de la organización

estas asociaciones terroristas, en torno a ese grado de integración y a la permanencia en la misma, al asegurar que:

<<La diferencia, pues, entre ambos preceptos no puede ser otra que el grado de integración en la organización terrorista, esto es, la permanencia, más o menos prolongada en el tiempo, ha de determinar la integración, y la episódica o eventual colaboración, el delito sancionado en el art. 576 del C.P., que específicamente se refiere a “cualquier acto de colaboración”... como faceta negativa, se exige la inexistencia de vínculo con aquella organización, pues si existe dicho lazo de pertenencia debe aplicarse el art. 516 del C.P. en virtud del llamado principio de alternatividad (art. 8.4)>>.

Como podemos apreciar el problema es determinar el límite entre lo que se considera una conducta permanente en el tiempo que sería constitutiva de integración, de una acción puntual de colaboración del art. 576, además de tener presente que el T.S. opta por el principio de alternatividad en el caso de que la colaboración la ejecute un individuo que pertenezca a la asociación terrorista.

La S.T.S. 1127/2002, de 17 de junio, (R.J. 2002\8925) y la S.A.N. 28/2000, de 20 de octubre, (R.J. 2001\44379), son interesantes en tanto en cuanto enumeran los cuatro requisitos que deben operar para que haya integración en banda armada, organización o grupo terrorista, a saber; en primer lugar, las exigencias para poder hablar de asociación terrorista, una pluralidad de personas organizadas en torno a una estructura con cierta permanencia y bajo los principios de jerarquía y subordinación; en segundo lugar, el empleo de armas en las acciones violentas; en tercer lugar, el elemento finalístico; y en cuarto y último lugar, la militancia en la asociación terrorista:

<<a) Como sustrato primario, la existencia de la banda armada u organización, que exigirá la asociación de una pluralidad de personas, con unos vínculos y una cierta permanencia y unas relaciones de jerarquía y subordinación. b) Como elemento determinante de carácter objetivo, el carácter armado de la organización, y la dedicación de la misma, de forma sistemática y reiterada, a la realización de acciones

terrorista, de tal modo que el integrante en banda armada aparece en comunión más fuerte y nuclear con la patógena ideología que vertebra la actividad terrorista en una permanente renovación de la voluntad de formar parte de la empresa criminal que es la actividad terrorista participando de sus discursos y de su actividad, sin perjuicio de que si, se acreditara la intervención del integrante en concretos actos de terrorismo, sin riesgo de vulneración del principio «non bis in ídem», procedería, además de la sanción por el delito de integración, el que pudiera corresponder por el acto de terrorismo enjuiciado... Por contra, el delito de colaboración con banda armada supone un grado claramente inferior en la medida que partiendo de una cierta adhesión ideológica, lo relevante es la puesta a disposición de la banda, informaciones, medios económicos, transporte, en definitiva ayuda externa voluntariamente prestada por quien sin estar integrado en la banda realiza una colaboración de actividad que, en sí misma considerada, no aparece conectada con concreta actividad delictiva>>.

violentas contra personas y cosas mediante el empleo de tales armas. c) Como elemento determinante de carácter finalista y subjetivo, el propósito de alarmar, de crear una situación de emergencia en la seguridad ciudadana, de alterar el orden democrático y constitucional. d) La vinculación o incorporación de la persona a la que se imputa el delito a la banda armada o a la organización terrorista, lo que supondrá una sumisión a las consignas de los jefes del grupo y la función y desempleo por dicha persona de las acciones encargadas por ellos>>.

La S.T.S. 149/2007, de 26 de febrero, que resuelve el Recurso de casación nº. 11281/2006 P, caso De Juana Chaos, afirma con buen criterio que:

<<la permanencia de la persona en su ideario, la sintonía con sus fines o su deseo de permanecer en E.T.A. pese a su nueva situación constituyen una mera posición de simpatía insuficiente para que pueda decirse que continúa formando parte de la banda... La mera simpatía ideológica, incluso manifestada por medio de artículos en defensa de E.T.A. y de sus planes y finalidades, no puede constituir la continuación en el delito de pertenencia a banda armada>>.

Apoyamos plenamente las afirmaciones del Tribunal Supremo, porque es obvia la distinción entre la ideología o la pretensión de un sujeto, por detestable que sea, con el hecho objetivo de su situación real de pertenencia a un ente terrorista.

El Auto de la A. N., de 8 de febrero de 2001, (R.J. 2001\169063), es merecedor de estudio por el trabajo de sistematización y definición en él realizado al distinguir entre ambos tipos, a la vez que enumera los requisitos que deben concurrir en la colaboración, haciéndose preciso subrayar que este precepto no incrimina la afinidad ideológica o el proyecto político, y que estas acciones delictivas se deben de ejecutar con conocimiento de que se favorecen los fines o actividades de la asociación terrorista o los de sus integrantes, además detalla las conductas que han sido por la jurisprudencia consideradas o no como tales:

<<La pertenencia a una organización terrorista supone una contribución efectiva a la existencia y al funcionamiento de la asociación, que exige constatar la realización de una serie de “actos objetivos” que evidencien la integración del procesado en la estructura del grupo armado. En este aspecto reside, precisamente, la distinción entre la conducta del integrante de la “banda armada” y la de simple contribuyente a la causa, como simpatizante o afín a las concepciones y actividades que la organización propugna y desarrolla... la condición de miembro de la organización se adquiere tras el acto de admisión de la persona en cuestión en las filas de la organización terrorista... una relación temporalmente extendida y, por tanto, no ocasional, sería capaz de transmutar la calificación de colaboración en pertenencia, si tal

actividad consiste en la realización de actos de colaboración, directamente relacionados con la actividad de la organización terrorista. La colaboración, desde el punto de vista objetivo, supone la realización de actos concretos de favorecimiento con las actividades de la banda armada o de sus miembros. Según la jurisprudencia, ha de tratarse de favorecer la comisión de delitos o ayudar a los miembros de la organización terrorista para los fines ilícitos perseguidos o favorecer las actividades y fines de la banda armada, en todo caso, algo más que la mera afinidad ideológica, pues lo que no se inculpa es un mero proyecto político. En definitiva, la colaboración penalmente relevante no equivale a cualquier acto de favorecimiento o ayuda a la organización o a sus miembros. Se trata, más bien, de un concepto normativo concretado en el art. 576.2 C.P., que se refiere, en particular, a las siguientes actividades: información o vigilancia sobre personas o bienes; construcción o acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos; ocultación o traslado de personas; organización y asistencia a prácticas de entrenamiento; así como cualquier otra forma equivalente de auxilio o cooperación con las actividades de la organización terrorista... son conductas inequívocas de colaboración las siguientes:

(1) Realizar actividades propias de la infraestructura material de la organización terrorista, tales como alquilar pisos o locales para ser utilizados por los integrantes de la organización o alquilar o facilitar vehículos para el uso de la banda armada o de sus miembros.

(2) Realizar actividades propias de la infraestructura organizativa de la organización terrorista, tales como servir de “buzón”, transmitir mensajes e, incluso, reivindicar ante los medios de comunicación las acciones cometidas.

(3) Realizar actividades propias de la infraestructura informativa de la organización terrorista, como sucede cuando se realizan observaciones y vigilancias sobre personas, edificios o instalaciones.

(4) Poner a disposición de la organización terrorista medios materiales o conocimientos técnicos, como se ha apreciado, por ejemplo, en las conductas de entrega de copias de documentos de identidad, cartulinas o permisos de conducir en blanco, informar sobre matrículas y también en la construcción de un “zulo” o asesorar en materia de telecomunicaciones.

(5) Desarrollar actividades que fortalezcan la estructura delictiva de la organización terrorista, buscando o reclutando personas que se integran en la organización.

(6) Desarrollar actividades que favorezcan los fines que persigue la organización terrorista, como repartir propaganda política de la organización.

(7) Prestar cobijo, asistencia u otros servicios a los miembros de la organización, acogiendo en el propio domicilio, trasladando a un lugar seguro, facilitar su entrada o salida clandestina de España, proporcionarles dinero o avisar de la existencia de una acción policial en curso.

Por el contrario, no se ha apreciado la existencia de colaboración en la realización de los siguientes actos:

- (1) El mero conocimiento o trato con personas integradas en el grupo armado.
- (2) La realización de actos de asistencia ejecutados en cumplimiento de un deber profesional.
- (3) Visitar a un militante huido, facilitándole comida y alimentos.
- (4) Corroborar las informaciones que ya poseía la organización.

Además, para que exista el delito de colaboración con banda armada, no basta con realizar cualquiera de los actos objetivos anteriormente descritos. También es preciso que éstos se ejecuten teniendo el sujeto conciencia del favorecimiento que su acción supone para los fines o actividades de la organización terrorista o sus miembros, así como la finalidad perseguida por tal acto de favorecimiento>>.

El Auto del T.S. 2004\5209, de 8 de septiembre, no considera delito de colaboración la conducta del Consejero-Jefe de la Generalitat de Catalunya que según las informaciones periodísticas y demás medios de comunicación que lo revelaron, se reunió en territorio francés, con dirigentes de E.T.A., con la finalidad de llegar al acuerdo de que no se cometieran atentados en Cataluña a cambio de apoyo en los objetivos de autodeterminación de la banda armada. Efectivamente tiene razón el Tribunal cuando afirma que:

<<la esencia del delito de colaboración con banda armada consiste en poner a disposición de la banda, conociendo sus métodos, determinadas informaciones, medios económicos o de transporte infraestructura o servicios de cualquier tipo que la organización obtendría más difícilmente -o en ocasiones le sería imposible obtener sin ayuda externa, prestada precisamente por quienes, sin pertenecer a ella, le aportan su voluntaria colaboración. Por ello el delito de colaboración con banda armada incluye aquellas acciones que, realizadas voluntariamente con este fin facilitan cualquiera de las actividades de la organización infraestructura, comunicaciones, organización, financiación, reclutamiento, entrenamiento, transporte, propaganda, etc. y no solamente las acciones armadas>>.

En el delito de colaboración no se sanciona la adhesión ideológica ni el perseguir determinados objetivos políticos o ideológicos, sino se tipifica la conducta de contribuir, cooperar o ayudar a la asociación terrorista, con ciertas aportaciones,

económicas o de otra naturaleza, sabiendo los medios y métodos ilícitos empleados por la misma, por lo que no puede conformar este delito la mera conducta de toma de contacto o incluso negociación política con una asociación de este tipo, si en ella no se realiza como mínimo una forma de mediación, en el sentido de intervención para lograr un fin de los enumerados en el tipo.

Pertenecer, según el D.R.A.E.²⁶⁴, es, entre otras acepciones, ser parte integrante de una cosa, y a su vez, integrar es incorporarse o unirse a un grupo para formar parte de él, por lo que los sujetos que pertenecen o están integrados en una banda armada, organización o grupo terrorista, son aquellos que forman parte de tal asociación ilícita, es decir, los sujetos *intraneus* a las mismas. Como hemos visto la jurisprudencia ha señalado que los sujetos que pertenecen a una asociación terrorista son los miembros y los que forman parte de ella, atendiendo a sus postulados y pretendiendo sus objetivos, y asumiendo su organización y jerarquía. La integración por consiguiente requiere dolo directo, en la medida en que el sujeto, quiere esta pertenencia y desea realizar determinadas conductas delictivas dentro del seno de la estructura criminal, incorporado y obligado disciplinariamente por ella, por lo que se configura como un delito autónomo²⁶⁵ que entra en concurso ideal o real con otros delitos terroristas que se ejecuten posteriormente. En cambio, actuar al servicio o colaborar es una acción, bien en autoría o en participación²⁶⁶, que sólo puede realizar el *extraneus*, el sujeto que no pertenece ni está integrado en la asociación terrorista. La diferencia entre el colaborador y el que actúa al servicio se debe establecer en función del elemento teleológico y no por la frecuencia en la colaboración. El colaborador es la persona que actúa con la misma finalidad que la asociación, siendo exclusivamente el sujeto activo del delito de colaboración un *extraneus*; sin embargo, la persona que actúa al servicio de estas organizaciones, no comparte subjetivamente su finalidad, pero se pone al servicio por precio, recompensa o promesa²⁶⁷, llegando incluso a ser autores, coautores o partícipes del delito.

²⁶⁴ Diccionario de la Real..., op. cit., págs. 1123 y 837.

²⁶⁵ DE PRADA SOLAESA, J. R. *Delitos relacionados...*, op. cit., pág. 75. LAMARCA PÉREZ, C. *La última recepción...*, op. cit., pág. 968.

²⁶⁶ LAMARCA PÉREZ, C. *Aspectos criminológicos y legales del terrorismo*, en ponencia del II Curso sobre cuestiones actuales de criminología, tratamiento y prevención del delito, Dirección de Cursos Extraordinarios, Departamento de Ciencias de la Seguridad, Universidad de Salamanca, 1999, pág. 11.

²⁶⁷ Es de la misma opinión: CARBONELL MATEU, J.C. *Terrorismo...*, op. cit., pp. 802 y 803.

Los verbos típicos son llevar a cabo, recabar, o facilitar, y según el D.R.A.E.²⁶⁸ hay que entender por los mismos, realizar, alcanzar, conseguir lo que se desea, o recoger, recaudar, guardar, o hacer posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin. Comprobamos, por lo tanto, que el legislador ha utilizado unos verbos típicos con significados diversos y a la vez muy amplios, que pueden llevarnos a sancionar conductas muy heterogéneas como son las de información, las relacionadas con el logro de bienes económicos, la facilitación o utilización de medios de transporte, la prestación de servicios e infraestructura, o aportando a la asociación terrorista elementos que facilitan su actividad en cualquiera de sus ámbitos terroristas o de cualquier otro tipo²⁶⁹.

De lo anterior se infiere que estos verbos típicos, hacen referencia a conductas activas, no cabiendo la realización de la colaboración de forma omisiva o en comisión por omisión, porque el tipo exige expresamente un comportamiento activo por parte del sujeto²⁷⁰, siendo irrelevante el deber de garante. De *lege ferenda*, se deberían sancionar únicamente conductas que son de colaboración efectiva y eficaz²⁷¹ para la realización de actos materiales que sean relevantes y tengan entidad suficiente como para lesionar por si mismos el bien jurídico protegido de estos delitos de terrorismo, aunque al margen de una acción terrorista concreta, porque si esto sucediese, lo convertiría en un acto de participación criminal, bien como cooperación o bien como encubrimiento²⁷², en el delito de otro, no siendo necesario, en ese caso, que se produjese resultado alguno²⁷³. En esta línea de opinión, Lamarca Pérez²⁷⁴, para la que <<no basta la mera obtención, recabación o facilitación de los actos calificados como delitos de colaboración, sino que además estos actos han de ser idóneos o adecuados para el favorecimiento considerado delictivo, es decir, para la comisión de determinados delitos o la realización de los fines de la organización terrorista o rebelde>>, sin embargo, de *lege data*, mucho nos tememos, que se puedan realizar ciertas interpretaciones que lleven a inculpar determinadas conductas que solamente sean, en puridad, constitutivas de actos

²⁶⁸ Diccionario de la Real..., op. cit., págs. 906, 1231 y 666.

²⁶⁹ Similar razonamiento y enumeración realiza la S.T.S. 197/1999, de 16 de febrero, (R.J. 1999\1281).

²⁷⁰ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico, op. cit., pág. 251.

²⁷¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. -*Asociaciones ilícitas y terroristas*, en El Derecho Penal del Estado Democrático, Comentarios a la Legislación Penal, Revista de Derecho Público, Tomo II, Edersa, Madrid, 1983, pág. 158, donde exige que la colaboración tenga cierta relevancia.

²⁷² S.T.S. 267/1994, de 15 de febrero, (R.J. 1994\1419).

²⁷³ S.T.S. 1230/1997, de 10 de octubre, (R.J. 1997\6970). Si la conducta es de realización de acciones de tipo material estaríamos en el ámbito de la colaboración a la que se refieren los arts. 571, 572 y 574 del Código Penal.

²⁷⁴ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico, op. cit., pp. 250 y 251.

preparatorios no punibles, incluso de tipo ideológico, como pueda ser la finalidad de cumplimiento de los objetivos políticos de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. La composición descriptiva característica de este tipo, esboza un problema que subyace de la diversidad de actos y el margen de pena puede llevar a sancionar conductas que son susceptibles de ser equivalentes de igual modo.

El apartado segundo de este artículo, como ya señalamos, refiere una serie de conductas que a juicio del legislador son constitutivas de actos de colaboración:

- La información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones. Aquí, se están sancionando las conductas en las que un sujeto se dedica a conseguir datos o información de otras personas para facilitárselos a las asociaciones terroristas que normalmente los utilizarán para cometer atentados. Es una enumeración no exhaustiva por lo que es posible otro tipo de actos subsumibles en este párrafo, aunque no estén expresamente tipificadas en él. El legislador sólo ha querido hacer una relación de las acciones que entiende más comunes en este ámbito. Estas conductas deben de tener cierta entidad o relevancia, aportando una información útil por desconocida para la banda armada, organización o grupo terrorista, y estar relacionadas con la realización de las actividades o de la consecución de los fines de las mismas; por lo que no serían calificables como de este inciso, las informaciones irrelevantes o desvinculadas con la acción o los fines de las asociaciones terroristas. La información, por lo tanto, ha de ser significativa, no una simple averiguación que esté al alcance de cualquier persona o conocida incluso públicamente, o lo que es lo mismo, ha de ser idónea o eficaz para el logro de la actividad terrorista que se quiere favorecer y que haya supuesto cierta dificultad su obtención²⁷⁵. En realidad, estamos ante un acto preparatorio, en el que no se ha ejecutado el riesgo prevenido.

- La construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos. Esto es, la fabricación o adecuación de zulos, guaridas, escondrijos o chiribitiles, además de facilitar ayuda en labores de intendencia. Nos encontramos ante actos preparatorios que se incriminan como formas de colaboración por su intención de favorecer las actividades o la consecución de los fines de la banda armada, organización o grupo terrorista, que requieren eficacia e idoneidad para el fin

²⁷⁵ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pp. 258 y 259.

perseguido de favorecimiento²⁷⁶. Por lo que respecta a la conducta de utilización, plantea dificultades de interpretación en la medida en que es difícil la distinción entre la colaboración y la participación en el concreto delito cometido²⁷⁷, en todo caso, se incluirían en la misma, todos aquellos supuestos en los que se presta alojamiento, entregando el domicilio propio o proporcionando uno mediante colaboradores²⁷⁸. El término depósitos, no se refiere a los de armas, en la medida en que ya están expresamente previstos en el art. 573, lo que haría entrar en juego un concurso de normas penales.

- La ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Que incluiría las conductas de transportar personalmente y de entrega de las llaves del vehículo para su uso²⁷⁹.

La S.T.S. 1346/2001, de 28 de junio, (R.J. 2001\7024), resolviendo sobre un recurso de casación interpuesto contra una S.A.N., califica la actividad desarrollada por los sujetos como de transporte, que debe ser estimada como de colaboración con banda armada -art. 576 C.P.- pero no de pertenencia, ya que a juicio de este Tribunal, la condición de integración o pertenencia supone una <<comunidad>> más fuerte y nuclear con los pretendidos fines y actividad de la asociación terrorista, que la mera colaboración, que dispone su ayuda en un estadio inferior y fronterizo, debiendo encontrarse en cada caso, y en atención a las concretas circunstancias el límite entre la pertenencia y la colaboración.

En realidad son conductas de encubrimiento elevado a la categoría de delito autónomo y que por su carácter de terroristas se tipifican excepcionalmente al margen del tipo común del art. 451, por lo que la ocultación o traslado ha de tratarse de hechos posteriores, requiriendo que el dolo contenga la conciencia de que se oculta o traslada a personas vinculadas a una banda armada, organización o grupo terrorista, y entendido el vínculo respecto a las actividades terroristas y no con la asociación, por lo que no sería delito de colaboración la ocultación o el traslado de los propios colaboradores de una banda armada, organización o grupo terrorista, o en su defecto de los colaboradores que

²⁷⁶ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 261.

²⁷⁷ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *Colaboración con banda armada...*, op. cit., pág. 222.

²⁷⁸ CAMPO MORENO, J.C. Represión penal..., op. cit., pág. 91.

²⁷⁹ CAMPO MORENO, J.C. Represión penal..., op. cit., pág. 91.

únicamente favorecen la acción organizativa y no la realización de los delitos, aunque la distinción, en la práctica, sea de difícil prueba²⁸⁰.

- La organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas. Donde parece que está pensando el legislador, en los sujetos que colaboran en estas prácticas impartiendo docencia sobre, por ejemplo, manejo de armas y explosivos, no incluyéndose, como sucedía en la legislación derogada, los supuestos de organización o de asistencia a cursos de formación ideológica²⁸¹, porque en ellos no hay prácticas de entrenamiento, sino más bien adoctrinamiento del pensamiento y aleccionamiento de las ideas.

El dolo del sujeto debe englobar el conocimiento de que las prácticas de entrenamiento las organiza una asociación terrorista, con la finalidad de favorecimiento perseguida con la ejecución de las conductas para la ejecución de estas actividades o delitos terroristas; aunque, esta conducta la llevarán a cabo sujetos integrados en la asociación terrorista, más que colaboradores²⁸², por razones lógicas de estrategia de las asociaciones terroristas, aunque esta afirmación hay que matizarla para las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas de corte integrista, fundamentalista o islamista, en la medida en que sí les interesase la organización de prácticas de entrenamiento.

Y en el último inciso del primer párrafo del apartado segundo de este precepto podemos leer:

- Y en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. El legislador está configurando este último inciso de forma residual para poder incardinar cualquier tipo de conducta ocasional, concerniente a la contribución directa con dinero o bienes con valor económico, como la ayuda o mediación para conseguir la aportación de fondos, la mediación en secuestros, el pago del llamado impuesto revolucionario, -sin perjuicio de,

²⁸⁰ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 262.

²⁸¹ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *Colaboración con banda armada...*, op. cit., pág. 224.

²⁸² LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 263.

como se dirá más adelante, calificar esta conducta como impune por falta del elemento subjetivo, o exenta de responsabilidad criminal al estar justificada por un estado de necesidad, o por concurrir una causa de inculpabilidad como el miedo insuperable-, la aportación de materiales para los fines de la asociación terrorista, como pueda ser proveer, suministrar, abastecer o cubrir a los miembros de diversas atenciones primarias básicas o esenciales, y las actuaciones de los “correos”²⁸³.

Como ya hemos apuntado a modo de crítica, el legislador ha configurado el precepto de forma abierta para incardinar conductas que por aplicación del principio de tipicidad serían a todas luces irrelevantes penalmente, pero que pueden encajar dentro de este auténtico cajón de sastre cuando no se ha podido probar la pertenencia a una asociación terrorista o la colaboración o cooperación en un delito concreto, prueba de ello, las innumerables conductas que según las sentencias de nuestros tribunales²⁸⁴ cabrían en este tipo residual como son: la mediación en detención ilegal²⁸⁵, la difusión de un vídeo editado por una asociación terrorista en un espacio electoral gratuito cedido a una asociación política en televisión durante el periodo electoral, la redacción de manuales para preparar explosivos, el apoyo económico a la asociación ilícita, la transmisión de mensajes entre miembros de la asociación delictiva. Sin olvidar la pena que prevé este artículo para tan variadas e indeterminadas modalidades delictivas, de cinco a diez años de prisión y multa de dieciocho a veinticuatro meses, a todas luces severa, excesiva y contraria al principio de proporcionalidad con los hechos cometidos.

La colaboración hay que concebirla como el favorecimiento real o material de las actividades de la banda armada, organización o grupo terrorista, por quien no está integrado en ella²⁸⁶, comprendiendo el tipo delictivo cualquier género de colaboración consciente y voluntaria con el grupo terrorista o rebelde, ya sea una ayuda genérica a su estructura o actividad, ya una colaboración concreta para la ejecución de un delito²⁸⁷.

²⁸³ CAMPO MORENO, J.C. Represión penal..., op. cit., pág. 91.

²⁸⁴ Sobre el caso de la Mesa Nacional de H.B. la S.T.S. 2/1997, de 29 de noviembre, (R.J. 1997\8535).

²⁸⁵ Para una visión sobre esta cuestión en concreto *vid.* el artículo, del que comentaremos algunos aspectos, de LAMARCA PÉREZ, C. *La mediación...*, op. cit., pp. 51 a 65; y la S.A.N. 5/1994, de 3 de febrero.

²⁸⁶ MESTRE DELGADO, E. Delincuencia terrorista..., op. cit., pp. 202, 205 y 259.

²⁸⁷ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 457.

El delito es de peligro abstracto²⁸⁸, porque no lleva consigo, la producción de un peligro efectivo; de mera actividad²⁸⁹, ya que se adelanta la barrera de protección penal, no exigiéndose un resultado o una modificación del mundo exterior; subsidiario y residual²⁹⁰, sancionándose la acción delictiva si no constituye un delito de mayor entidad; de resultado cortado, debido a que el autor busca un primer resultado con la finalidad de llegar a otro posterior que es el que realmente desea, independientemente de que éste llegue a producirse efectivamente, y persigue con ello, contribuir con la asociación ilícita con su acto de colaboración; autónomo²⁹¹, en la medida, en que castiga conductas que son de participación en acciones terroristas, sin subordinación al principio de accesoriedad en la participación; y de tracto sucesivo, como reiterado de diversas acciones y de estructura abierta, que conjuntamente equipara comportamientos de distinta naturaleza.

No es preciso, por lo tanto, que se produzca lesión alguna o puesta en peligro concreto del bien jurídico protegido²⁹², ni que la asociación terrorista obtenga beneficio de la acción colaboradora²⁹³, entiende consumado el delito con independencia de que la asociación obtenga un beneficio, por lo que las formas imperfectas de ejecución, tentativa acabada e inacabada, no son posibles formalmente y materialmente no es adecuado en buena dogmática la punición de la tentativa de un acto preparatorio, que admitiría la punición en caso excepcional²⁹⁴. Si la acción no puede subsumirse en otro tipo delictivo se sancionará conforme al art. 576, por su carácter residual y subsidiario.

Según la S.T.S. 1741/2000, de 14 de noviembre, (R.J. 2000\8715), el delito de colaboración se encuentra consumado con un solo acto típico y en función del criterio

²⁸⁸ PRATS CANUT, J.M. *De los delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 2492, lo califica como de peligro abstracto y de mera actividad; añadiendo que si llegare a concretarse el peligro se deberá aplicar la agravante del último párrafo del punto dos. Igualmente, CAMPO MORENO, J. C. *Represión penal...*, op. cit., pág. 59.

²⁸⁹ De esta opinión: MESTRE DELGADO, E. *Delincuencia terrorista...*, op. cit., pág. 212, para el que la <<consumación no requiere ulterior resultado, resultando indiferente el que la organización aproveche o no la ayuda prestada>>; y LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial...*, op. cit., pág. 363.

²⁹⁰ CAMPO MORENO, J. C. *Represión penal...*, op. cit., pág. 72. Entendemos, con este autor, que es subsidiario el delito de colaboración en relación a la pertenencia, teniendo como consecuencia que los colaboradores no pueden pertenecer a la banda armada, organización o grupo terrorista.

²⁹¹ CAMPO MORENO, J. C. *Represión penal...*, op. cit., pág. 72.

²⁹² DE PRADA SOLESA, J. R. *Delitos relacionados...*, op. cit., pág. 76.

²⁹³ S.T.S. 2/1997, de 29 de noviembre, (R.J. 1997\8535).

²⁹⁴ MESTRE DELGADO, E. *Delincuencia terrorista...*, op. cit., pág. 212.

de duración de la conducta en el tiempo, se podría llegar a integrar en una modalidad de delito permanente:

<<En relación con el delito de colaboración con banda armada, su consumación puede producirse con un solo acto típico de los previstos en el Código Penal, como modalidades de ayuda delictiva a los fines de una organización terrorista. No obstante si esta conducta de colaboración se mantiene en el tiempo, su consideración, a efectos punitivos, puede llevarnos a integrar esta conducta en una modalidad de delito permanente que cesa en el momento en que el sujeto activo decide desligarse de sus actividades de colaboración que venía prestando>>.

En la práctica se han producido numerosos casos, que han suscitado polémica doctrinal y jurisprudencial, e incluso en la opinión pública, como es la conducta de los mediadores o intermediarios en la detención ilegal, el secuestro²⁹⁵ o en el cobro del llamado “impuesto revolucionario”²⁹⁶. El mediador o intermediario lo que hace, en palabras de Lamarca Pérez²⁹⁷, es actuar de transmisor entre la víctima o su familia y la organización terrorista, interviniendo sólo en la fase de la negociación de las condiciones económicas impuestas por los autores de estos hechos delictivos. La mediación para esta autora consiste en <<poner en relación a los sujetos o partes que intervienen, entendiendo por tales a la víctima o a su familia y a los autores de la acción criminal u organización terrorista; en nuestro caso, consiste en intervenir en la fase de negociación de las condiciones impuestas por los autores de una detención ilegal>>. Si acudimos al D.R.A.E.²⁹⁸ comprobamos que nos proporciona varias acepciones del verbo mediar, pero aquí nos interesan sólo dos, a saber: <<interceder o rogar por uno>> e <<interponerse entre dos, que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad>>, y a su vez, por interceder hay que entender, <<hablar en favor de otro para conseguirle un bien o librarlo de un mal>>, por lo tanto, coinciden el lenguaje académico, el coloquial y el jurídico.

²⁹⁵ Sobre este asunto, el artículo de LAMARCA PÉREZ, C. La mediación..., op. cit., pp. 51 a 65. Define al mediador y al intermediario como <<aquella persona que actúa de transmisor entre la víctima o su familia y la organización terrorista y que interviene solo en la fase de negociación de las condiciones económicas impuestas por los autores de estos hechos delictivos>>; y CAMPO MORENO, J.C. Represión penal..., op. cit., pp. 92 y ss. También la citada S.A.N. 5/1994, de 3 de febrero.

²⁹⁶ El cobro del llamado “impuesto revolucionario” ha sido calificado como delito de colaboración con asociación ilícita, en tanto que constituiría una mediación en un delito de amenazas condicionales, S.A.N. 19/1993, de 14 de noviembre.

²⁹⁷ LAMARCA PÉREZ, C. La mediación..., op. cit., pp. 51 y 52.

²⁹⁸ Diccionario de la Real..., op. cit., pág. 952.

Cuando el mediador o el intermediario pertenecen al entorno de la víctima²⁹⁹, la conducta es atípica por falta de dolo del sujeto, ya que no tiene propósito de favorecimiento directo y voluntario a la organización terrorista. En el supuesto en que el mediador o el intermediario representen a la asociación ilícita el sujeto puede responder como autor de un delito de este art. 576, siempre que su conducta no esté vinculada con un concreto hecho delictivo, incluso puede cometer el delito de detención ilegal o de secuestro como coautor o cómplice, si su conducta está vinculada con una concreta acción constitutiva de delito, porque responde a un mero reparto de papeles. Si concebimos el secuestro como un delito complejo, compuesto de detención ilegal y de amenazas condicionales, el mediador podría ser autor o cómplice de estas últimas y no de la detención ilegal en la medida en que sólo haya intervenido a la hora de la fijación y petición de las condiciones económicas³⁰⁰. Igualmente sería posible que el sujeto aún representando a la asociación ilícita se encuentre en estado de necesidad justificante³⁰¹ si lleva a cabo la mediación sin dolo de favorecer a la asociación delictiva y lo hace con la intención simplemente de resolver una situación injusta por motivos, por ejemplo, altruistas o concurriendo la circunstancia de ejercicio legítimo de un oficio, como puede ser la profesión de abogado³⁰², debiendo cumplirse en este caso tres condiciones, a

²⁹⁹ CAMPO MORENO, J.C. Represión penal..., op. cit., pág. 95, señala que en general son profesionales de la abogacía.

³⁰⁰ LAMARCA PÉREZ, C. La mediación..., op. cit., pp. 58 y ss. Esta profesora cree que son diferentes las conductas del mediador en una detención ilegal y en las amenazas condicionales, ya que esta conducta si la realiza plenamente porque está exigiendo a la familia que se cumpla una condición a cambio de la liberación. Profundiza en esta cuestión, hasta llegar a concluir que incluso el mediador no es un cooperador necesario, pudiendo ser un cooperador no necesario o un cómplice, debido a que su conducta no es fungible, y aunque facilita la comisión del hecho delictivo, su realización es perfectamente posible sin su participación, por lo que si los secuestradores pueden hacer lo más, detener y amenazar, pueden hacer lo menos, gestionar el cobro de la condición exigida.

³⁰¹ LAMARCA PÉREZ, C. La mediación..., op. cit., pp. 51 a 65, argumenta, esta profesora, que el sujeto pasivo está privado de libertad, que es un mal mayor que se trata de evitar, aunque para ello se origina un mal de menor entidad como es la colaboración con la asociación terrorista, sin embargo esto no es válido en las amenazas condicionales por ser un mal de menor entidad que la referida colaboración. Incluso llega a plantear que se podría sostener que se tratase de la eximente de ejercicio legítimo de un oficio, el de letrado, al que se le encarga la mediación por su prestigio profesional en negociaciones y esta mediación se va a realizar dentro de esta labor profesional como abogado. Posibilidad que creemos razonable, siempre que la actividad se haya llevado a cabo observando escrupulosamente las normas deontológicas profesionales.

³⁰² La S.T.S. 2021/1994, de 17 de noviembre (R.J. 1994\9276), negó esta posibilidad, para el caso que enjuició, pero apuntó los requisitos para admitirla: <<la jurisprudencia, para poder apreciarla concurrencia de esta eximente, que el sujeto actúe en ejercicio de facultades propias de su cargo u oficio, y que ajuste su conducta a las disposiciones que lo reglamentan. En todo caso, como se recuerda en la Sentencia de 14 de junio de 1956, el alcance que debe reconocerse a esta eximente no constituye una patente para que bajo su amparo puedan quedar purificados todos los actos que bajo los supuestos del precepto se realicen, cualquiera que sea su trascendencia sobre los demás, sino que es preciso que aquellos deberes, derechos, oficios o cargos que presiden la actuación perseguida del inculcado estén dentro de la órbita de su debida expresión, uso o alcance, porque de lo contrario constituyen un abuso capaz y bastante para desvalorar la excusa y para llegar a una definición de responsabilidad... en el

saber, que el encargo de la negociación al intermediario- abogado- se hizo por sus antecedentes y características profesionales, que la mediación se efectuó exclusivamente en el ejercicio de esta actividad y que se ajustó a las normas que lo reglamentan. Esta relación de carácter profesional puede acreditarse de modo fehaciente presentando minuta de honorarios. De igual forma sucedería en el caso de extorsiones y de amenazas condicionales, como pueda ser el cobro del llamado “impuesto revolucionario”³⁰³; lo que desde luego debe descartarse, es la aplicación de ambos preceptos, es decir, el tipo de colaboración y el tipo concreto de detención ilegal, secuestro, extorsión o amenaza condicional, porque ello vulneraría el principio *non bis in ídem*³⁰⁴.

La solución que nos ofrece Lamarca Pérez es primero optar por la atipicidad, segundo calificar la conducta de mediación como justificada, y en último lugar, estimar la colaboración en el delito concreto de que se trate, y en todo caso si se rechaza lo anterior, la colaboración del art. 576 quedaría en relación de subsidiariedad³⁰⁵, es decir, al sujeto hay que sancionarlo como cooperador necesario o no necesario -cómplice-, del delito en el que interviene como mediador, y no por el delito del art. 576 que sanciona la colaboración genérica, y sólo si lo primero no fuera posible, castigarle por este art. 576, que es un precepto subsidiario.

Lo que parece fuera de toda discusión, afirmándolo de forma unánime la doctrina científica, es que el mediador es un *extraneus*, un tercero, un sujeto ajeno que pretende que la situación ilícita no se prolongue en el tiempo, por lo que resulta difícil que su conducta pueda ser calificada como de autoría, ya que como dice Lamarca Pérez³⁰⁶, el mediador no lleva a cabo la conducta de detención o de encierro y no impone las condiciones o exigencias económicas para que sea liberado, por lo tanto, no tiene el dominio del hecho y no ejecuta de forma material la acción típica. Tampoco sería encubridor porque no interviene con posterioridad a la ejecución del delito, siendo

presente caso... no se desprende que el acusado actuase en el ejercicio de la profesión de Abogado a favor de ninguna de las partes implicadas en el conflicto que allí se describe (secuestrado y secuestradores), pues, como ya se ha dicho, su intervención no fue otra que la de interlocutor de los secuestradores cerca del interlocutor de la familia del secuestrado>>.

³⁰³ La citada S.A.N. 19/1993, de 14 de noviembre, califica el cobro del impuesto revolucionario como un delito de colaboración en cuanto constituiría una mediación en amenazas condicionales.

³⁰⁴ LAMARCA PÉREZ, C. La mediación..., op. cit., pp. 51 a 65.

³⁰⁵ LAMARCA PÉREZ, C. La mediación..., op. cit., pp. 51 a 65. El problema, como plantea esta profesora, es que el sujeto que colabora puede ser sancionado con mayor pena que el sujeto que participa en el delito concreto.

³⁰⁶ LAMARCA PÉREZ, C. La mediación..., op. cit., pp. 51 a 65.

la detención ilegal un delito de consumación instantánea, pero de carácter permanente, en el cual se está produciendo constantemente una renovación de la situación injusta, que no cesa hasta que no se produce la liberación del sujeto pasivo, y no sería nada más que un cooperador no necesario, es decir, un cómplice, en el delito de amenazas, o un cooperador necesario, como ha puesto de manifiesto Campo Moreno³⁰⁷ <<la actuación del colaboracionista con la banda armada- punible- y la ayuda al extorsionado- impune-, ya por atípica, al no abarcar los elementos del tipo en su globalidad (se trate de un dolo simple o requiera un específico elemento subjetivo), ya por concurrir circunstancias que la justifican, como pueden ser el cumplimiento de un ejercicio o cargo o, estado de necesidad o, en último término, excluyentes de la culpabilidad, como puede ser la no exigibilidad de otra conducta>>.

Sobre la concurrencia de los dos elementos en supuestos de estado de necesidad, Valle Muñiz³⁰⁸, entiende que se debe aplicar el estado de necesidad ajeno como causa de justificación que exime de responsabilidad criminal aunque sólo concurra el elemento objetivo de la eximente y no el subjetivo, ya que para este profesor: <<Lo que nuestro Derecho quiere es que se salve el interés preponderante, aun cuando ni siquiera llega a exigirlo, pues se conforma con que la acción sea “ex ante” adecuada para ello, aun cuando con posterioridad “ex post”, y desgraciadamente, no se alcance la meta deseada. La conducta se justifica porque objetivamente es idónea para salvar el bien mayor, pero también, y de manera inexcusable, porque subjetivamente el sujeto es consciente de ello>>.

Si un sujeto efectúa el pago del impuesto revolucionario tendríamos que verificar si tiene dolo de colaboración con la asociación ilícita, ya que el tipo precisa <<dolo de cooperación, contribución o ayuda>>³⁰⁹, pero en el sentido de conciencia y voluntad del favorecimiento y de ayuda como contribución o beneficio a la asociación

³⁰⁷ CAMPO MORENO, J.C. Represión penal..., op. cit., pág. 96.

³⁰⁸ VALLE MUÑIZ, J. M. *El elemento subjetivo...*, op. cit., pág. 250, hace estas afirmaciones en la realización de un estudio de la S.T.S de 5 de diciembre de 1994, que estableció la responsabilidad criminal de un intermediario entre E.T.A. y la familia del secuestrado. Para el T.S. la entrega de dinero está justificada bajo la eximente de estado de necesidad ajeno, al lesionar el derecho a la libertad e incluso el peligro para la vida del secuestrado; pero en este caso uno de los intermediarios, además cobró una cantidad importante de dinero, lo que llevó al Tribunal a afirmar que concurría sólo el elemento objetivo de la eximente y no el subjetivo, por lo que la degradaba a incompleta, debiéndose aplicar como atenuante, lo que es criticado por Valle Muñiz, porque introduce elementos morales en esta causa de justificación, pp. 241 a 251.

³⁰⁹ S.T.S. 2/1997, de 29 de noviembre, (R.J. 1997/8535).

terrorista, por lo que no es suficiente que la conducta sea idónea y eficaz para el favorecimiento de las actividades y fines de la asociación terrorista, es preciso además, que el sujeto tenga intención de ayudar, beneficiar o contribuir con la finalidad o con la actividad de la banda armada, organización o grupo terrorista, puesto que el tipo de colaboración está configurado según la peligrosidad e importancia de la conducta de peligro abstracto, al margen de la acción delictiva específica. Existiendo ese dolo, que abarcaría la finalidad de ayudar, beneficiar o contribuir a los objetivos de la asociación terrorista, podría subsumirse la conducta del sujeto que paga el impuesto revolucionario bajo amenazas, en el tipo de colaboración del art. 576, aunque la conducta quedaría impune por la concurrencia de dos eximentes como son la de miedo insuperable del art. 22.6º y la precedente, es decir, la de estado de necesidad, ya que el sujeto, para evitar un mal propio lesiona un bien jurídico o infringe un deber, concurriendo los requisitos exigidos, en la medida en que el mal causado no es mayor que el que se trata de evitar, la situación de necesidad no ha sido provocada intencionadamente por el sujeto y el necesitado no tiene, por su oficio o cargo obligación de sacrificarse.

Si se realizan las conductas de colaboración por relación de parentesco, amistad, vecindad o por motivos altruistas o por pena o aflicción, la conducta es típica, antijurídica, culpable y punible, pero es susceptible de aplicación como atenuante o eximente incompleta el estado de necesidad³¹⁰, aunque a decir de la doctrina³¹¹ <<la ayuda a amigos o familiares implicados en organizaciones terroristas puede prestarse con intención de colaborar con dichas organizaciones, pero, si ésta intención o, no es patente o, no se demuestra, no cabe integrar tales ayudas o asistencias en el marco de los delitos de colaboración, ya que la comisión de delitos de intencionalidad, por graves que sean, no rompen los vínculos de parentesco ni amistad ni, por lo tanto, los deberes morales inherentes a las relaciones más íntimas del parentesco que la Ley en ningún caso debe deshumanizar>>.

³¹⁰ El Tribunal Supremo no aplica la eximente incompleta de estado de necesidad en casos como el de la Sentencia 1848/1993, de 21 de julio, (R.J. 1993\6335), de ocultación por parte de un sacerdote de un miembro de banda armada.

³¹¹ CAMPO MORENO, J. C. Represión penal..., op. cit., pág. 69.

El tipo es doloso, requiere, para Mestre Delgado³¹², que el dolo abarque <<primero, la militancia en una organización terrorista de la persona ayudada, aunque se ignoren los posibles actos ilícitos cometidos por ésta; segundo, la antijuridicidad del grupo al que pertenece el ayudado; tercero, la conciencia de ayudar con esa actividad al grupo terrorista; y, cuarto, específicamente, la voluntad de prestar ayuda para la obtención de los fines del grupo criminal, ánimo que subyace en las voluntades de sustraer a los miembros de la organización terrorista de la acción judicial y de evitar su detención>>; y para el Tribunal Supremo³¹³ se trata de <<dolo de cooperación, contribución o ayuda>>, pero, a nuestro juicio, entendido este dolo como conciencia y voluntad del favorecimiento o de la ayuda, y de la contribución o del beneficio a la asociación terrorista, por lo que no es suficiente que la conducta sea idónea y eficaz para el favorecimiento de las actividades y fines de la asociación terrorista, es preciso además, que el sujeto tenga intención de ayudar, beneficiar o contribuir con la finalidad o con la actividad de la banda armada, organización o grupo terrorista, al margen de una acción terrorista concreta, porque el tipo de colaboración gira en torno a la peligrosidad e importancia de la conducta de peligro abstracto, desvinculada de la acción delictiva específica³¹⁴.

Sabemos que se prevé la pena agravada en su mitad superior al tipo básico del punto uno, prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses, siempre que <<la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior, ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas>>; pero, en el último inciso, añade el legislador que <<si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos>>. Hay que plantear, como consecuencia de esta previsión, la distinción entre el delito de colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista y la participación en un concreto tipo delictivo, que corresponde hacerse en función de si la

³¹² MESTRE DELGADO, E. Delincuencia terrorista..., op. cit., pp. 206 y 207. CAMPO MORENO, J. C. Represión penal..., op. cit., pág. 64, hace hincapié en que el dolo debe englobar que con el acto de colaboración se favorece la realización de las actividades de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico, op. cit., pág. 252.

³¹³ S.T.S. 2/1997, de 29 de noviembre, (R.J. 1997\8535).

³¹⁴ Como manifiesta la doctrina: <<Faltando en el agente una motivación subjetiva de ese carácter, los actos de ayuda o colaboración con el grupo que realice no pueden calificarse como típicos, salvo que se llegue a una exasperación del concepto de colaboración como injusto penal, por lo que procede absolver en los supuestos de auxilio ignorando la militancia del auxiliado, desconociendo que se está colaborando con el grupo o realizando la ayuda con ánimo distinto a los referidos>>. MESTRE DELGADO, E. Delincuencia terrorista..., op. cit., pág. 207.

colaboración es genérica con las acciones de la asociación terrorista o es específica, encaminada a la ejecución de un plan determinado y preciso. En el primer caso, estaríamos ante el tipo del art. 576, y en el segundo ante una conducta de coautoría o de complicidad del delito concreto planeado y realizado³¹⁵. Afirma, en similar sentido, Lamarca Pérez³¹⁶, que si la colaboración es en un delito concreto se convierte en coautoría o complicidad, no en cooperación necesaria, lo que nos hace pensar que en esta materia se sigue la teoría del dominio del hecho³¹⁷ sobre la autoría. Esto es cierto, la doctrina siempre ha distinguido al colaborador del partícipe, en función de la fase del delito en que hubiese intervenido³¹⁸, si no ha comenzado ha realizarse el delito principal, la conducta es de colaboración; en cambio, si ha comenzado esta realización, aplicaremos las normas de la Parte General del Código Penal, excepto en el supuesto expresamente previsto en el precepto, en caso de conductas de información o vigilancia de personas que ponga en concreto peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio, que serán sancionados como coautores o cómplices de los delitos de los arts. 571, 572 y 575, pero no como cooperadores necesarios, porque el cooperador necesario, es como un autor de un hecho propio, realizando una conducta infungible, es decir fundamental y esencial para la realización del delito, y el cooperador no necesario o cómplice, de forma diferente, realiza un hecho ajeno y fungible, cooperando no necesariamente a la ejecución del delito y de forma auxiliar³¹⁹. Similar lógica

³¹⁵ Realiza esta distinción MESTRE DELGADO, E. *Delincuencia terrorista...*, op. cit., pp. 210 y 211.

³¹⁶ LAMARCA PÉREZ, C. *Tratamiento jurídico*, op. cit., pág. 256, <<cuando la conducta de colaboración se lleve a cabo para favorecer la realización de un delito concreto y pueda probarse la relación entre ambos hechos, se aplicarán las normas generales sobre participación; el colaborador será entonces castigado como autor o como cómplice, pero siempre que la pena correspondiente resulte superior a la establecida para el tipo autónomo de colaboración, pues, en otro caso, deberá aplicarse éste. De este modo no podrá sancionarse de manera más benigna la complicidad en el hecho delictivo que el favorecimiento genérico del mismo>>, y en *Delitos contra...*, op. cit., pág. 714. Para MAJÓN-CABEZA OLMEDA, A. *Apología del terrorismo*, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E., (coordinadores), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág. 566, <<los actos de colaboración son actos preparatorios materiales o de aporte material que aparecen antes de que se inicie la tentativa y que se castigan, como tales actos preparatorios, siempre que no haya tentativa. Si se inicia la ejecución del delito, entonces el que empezó siendo colaborador del artículo 576, pasará a ser castigado como coautor o como cómplice>>; admite, esta autora, la participación en estos delitos de colaboración, porque el art. 576 castiga la conducta de recabar o facilitar actos de colaboración, pág. 557.

³¹⁷ Y la teoría de los bienes escasos.

³¹⁸ LAMARCA PÉREZ, C. *Tratamiento jurídico...*, op. cit., pp. 253 y ss.

³¹⁹ La S.T.S. 982/2003, de 27 de junio, (R.J. 2003\6255) es un buen instrumento para el estudio de esta forma de participación criminal: <<Tanto el art. 29 del vigente Código Penal, como el art. 16 del Código derogado consideran cómplices a los que, sin alcanzar la consideración de cooperadores necesarios, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. La jurisprudencia, por su parte, define la complicidad como participación accidental y no condicionante, de carácter secundario e inferior a la del cooperador necesario (calificada ésta de imprescindible y caracterizada doctrinalmente, por la

argumentativa emplea Campo Moreno³²⁰, para el que el legislador <<ha anticipado el castigo penal de quienes colaboran, llevándolo hasta conductas que están alejadas del delito cometido por tales bandas, incriminando la ayuda por medio de actos no conectados con actividad delictiva específica pues, si así ocurriera la colaboración tendría que sancionarse como coautoría o complicidad de dichos delitos específicamente concretados en los arts. 571 a 573 ó, genéricamente por la remisión contenida en el art. 574, todos del Código Penal. Es decir, cooperación necesaria (art. 28.b Código Penal) o como complicidad (art. 29 Código Penal), con relación a los artículos 571-574 del mismo texto legal respecto de este delito principal al que sirvió (asesinato, estragos, amenazas, detención ilegal, etc.). Sólo cabe, pues, aplicar este artículo cuando se trata de colaboración no específicamente ligada a otro delito. La Ley crea así una infracción penal que aparece sancionada penalmente en cuanto constituye un auxilio o una preparación de otro comportamiento, persiguiendo la finalidad de reducir al máximo toda forma de apoyo a una banda armada o terrorista>>.

También la jurisprudencia distingue entre la cooperación necesaria y la complicidad, como hace la Sentencia 549/2000, de 24 de abril, (R.J. 2000\3718), del T.S., en base a las clásicas teorías de la *conditio sine qua non*, del dominio del hecho y de los bienes escasos:

<<Según la jurisprudencia de esta Sala, debe apreciarse la cooperación necesaria prevista en el art. 14.3º CP de 1973 y en el 28 b) CP de 1995, cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la “*conditio sine qua non*”), cuando se

aportación de bienes escasos, por el dominio funcional del hecho, o por constituir una “*conditio sine qua non*” para la comisión del delito), llevada a cabo con conocimiento del propósito criminal del autor. Dos son, por tanto, los elementos de la complicidad: el objetivo de la colaboración -que puede ser tanto material como moral..., y el subjetivo, que afecta tanto al conocimiento previo del delito que se va a cometer, como de la voluntaria prestación de auxilio o ayuda... La doctrina, al estudiar la figura del cómplice, dice que éste debe actuar dolosamente, pero que, al igual que sucede con el inductor, se considera suficiente que lo haga con dolo eventual -el cual puede afectar tanto a la ejecución del hecho principal como a su favorecimiento-, y que, tratándose de las acciones de favorecimiento, no es precisa ni la aprobación del hecho principal ni que conste de manera definitiva la persona del autor. La jurisprudencia, por su parte, ha admitido también este planteamiento>>.

³²⁰ CAMPO MORENO, J. C. Represión penal..., op. cit., pág. 73, añadiendo que: <<El delito de colaboración, pues, solo podrá ser aplicado cuando los actos de ayuda o favorecimiento tengan entidad autónoma e independiente respecto de cualquier otra modalidad delictiva a la que hayan contribuido los que aparecen como coadyuvantes de la banda armada o como autores directos de otros hechos delictivos incriminados y sancionados con pena de mayor gravedad, de tal manera que, como ha señalado la doctrina existe una subsidiariedad tácita que hace que tal punición de la colaboración quede absorbida por la de los delitos más graves que hayan cometido>>.

colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), y la complicidad se apreciará cuando no concurriendo las circunstancias antes expuestas caracterizadoras de la cooperación necesaria exista una participación accidental, no condicionante y de carácter secundario. Tiene también declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados... Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario... El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible... Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél... La Sentencia de esta Sala de 24 febrero 1995 entiende que por la aplicación de la teoría de los bienes escasos, se estimará que hay cooperación necesaria y no complicidad cuando se colabore a la ejecución del delito con un aporte material o dinámico difícil de conseguir, y que no estaría dispuesto a proporcionar el ciudadano común, y que resulta causalmente eficaz para el resultado>>.

Nos encontramos ante un delito autónomo, especial y cualificado³²¹, donde se tipifican conductas de favorecimiento del terrorismo que, de forma autónoma, serían actos de participación accesorio, o ni siquiera actos delictivos, pero que realmente se elevan a la categoría de autoría al estar tipificados de forma concreta. En realidad se están tipificando actos preparatorios que no deberían ser punibles, pero que el legislador lo ha querido así porque entiende que hay que sancionarlos a modo de favorecimiento, por la gravedad y peligrosidad de estas acciones terroristas³²². Todas estas previsiones, son un ejemplo de una manera de legislar en materia de terrorismo técnicamente incorrecta y materialmente poco efectiva, sobre esta cuestión, no está claro, si se quiere tipificar expresamente una forma de tentativa o si se está construyendo como un delito de peligro concreto³²³. Se nos hace difícil comprender, cómo pueden ponerse en peligro los bienes jurídicos- vida, integridad física, libertad o patrimonio- y poder probarse ese riesgo sin que se produzca y se constate ese concreto resultado de peligro, debiendo

³²¹ ARROYO ZAPATERO, L., *La reforma de los delitos...*, op. cit., pág. 408. LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 249.

³²² LAMARCA PÉREZ, C. *La última recepción...*, op. cit., pág. 966. También la jurisprudencia se ha pronunciado en estos términos, así la S.T.S. de 2 de febrero de 1987, (R.J. 1987\1181).

³²³ DE PRADA SOLAESA, J. R. *Delitos relacionados...*, op. cit., pág. 76.

calificarse entonces como coautoría o complicidad, pero constitutiva del último inciso de este último párrafo del punto dos de este art. 576, y por lo tanto sancionable como coautoría o complicidad de los delitos que se hayan ejecutado, que tendrán que ser los de los arts. 571, 572 y 575, que son los tipos que protegen estos bienes jurídicos enumerados en el precepto. Por todo ello, este último párrafo es de dudosa utilidad, porque nunca se podrá aplicar por encima de lo establecido en materia de coautoría y complicidad de la Parte General del Código Penal, siendo absurdo fiarlo a que <<si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido>>, porque lo que se va a ejecutar es la acción que provocará un resultado.

En materia concursal³²⁴ se puede plantear que este art. 576 podría entrar en concurso aparente de normas o de leyes penales, o en su caso en concurso ideal de delitos, con los artículos que expresamente tipifican conductas de colaboración que, como hemos descrito, son el 571, el 572 y el 574. Creemos que no estamos ante un concurso ideal de delitos, en la medida en que la acción de colaboración no es independiente del delito concreto cometido y sancionable además por los arts. 571, 572 y 574. Por otro lado, mantenemos que no se debería sancionar por el art. 576.2 de colaboración en un acto en que se ejecuta el riesgo prevenido como coautoría o complicidad, porque si efectivamente se produce un resultado lesivo se debe sancionar únicamente como constitutivo de estos arts. 571, 572 y 574.

En definitiva entendemos que cabe plantearse un concurso de normas o de leyes penales, a resolver por el principio de especialidad contenido en la 1ª regla del art. 8 del C.P., porque estamos ante un hecho susceptible de ser calificado con arreglo a dos o más preceptos del C.P. y que debe resolverse a favor del precepto especial por preferencia al general, porque estos preceptos de los arts. 571, 572 y 574 tipifican la acción de forma más específica, englobando en su tipo de injusto el desvalor del hecho de forma singular, en detrimento del tipo general del art. 576 que lo hace de forma

³²⁴ FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M. *Delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 352: <<El problema más espinoso que plantea el delito de colaboración con banda armada del art. 576, es su deslinde respecto de la conducta de “colaboración” punible conforme a los arts. 572 a 575, en especial en los supuestos en los que el culpable participa en alguno de los delitos enumerados en los arts. 572 a 575 pero no de forma directa. Parece que la colaboración a que se refieren los artículos últimamente citados, es una colaboración ejecutiva..., reservándose para la aplicación del art. 576, los supuestos de colaboración no ejecutiva, desligada de un delito concreto... La colaboración debe traducirse en actos tangibles, siempre que no consista en la realización de delitos concretos (sería colaboración típica conforme a los arts. 572 a 575), no siendo colaboración punible por este concepto>>.

general; topándonos con el problema, apuntado, de que nunca se lograrán aplicar por encima de lo señalado respecto a la coautoría y a la complicidad de los arts. 28 y 29 del C.P. Materia, toda ésta, que ha sido sometida a consideración del T.S., que en su Sentencia 458/2003, de 31 de marzo, (R.J. 2003\2694), desestima un recurso de casación contra una S.A.N., que calificaba como de cooperación necesaria, la conducta de suministrar información a comandos, además de alquilar locales para el desarrollo de sus actividades y de facilitar apoyo para el transporte -actos típicos de colaboración con banda armada- estableciendo un concurso de leyes en el que la colaboración en el atentado concreto, por ser más amplio, absorbe al segundo.

En la jurisprudencia sobre este delito hay un caso singular, como sabemos, que fue calificado como de colaboración con banda armada, la S.T.S. 2/1997, de 29 de noviembre, (R.J. 1997\8535)³²⁵, condenó a los integrantes de la llamada Mesa Nacional de H.B. por difundir un vídeo³²⁶ E.T.A. en un espacio electoral de la campaña de marzo de 1996, por la cesión de este espacio electoral y el anuncio, programación y exhibición de copias de la cinta de vídeo en actos públicos, en las T.V. públicas y en Radio Nacional de España. Se remitió a Televisión Española una nueva cinta de vídeo³²⁷ para su emisión electoral y se enviaron sendos ejemplares del vídeo al Presidente de Gobierno y a S. M. el Rey. El T.S. entendió que la libertad de expresión tiene ciertos límites como el ejercicio inadecuado de la misma, calificando los hechos como un delito consumado de colaboración con banda armada, al producirse un exceso en la utilización de los sistemas democráticos. Los principales argumentos utilizados para la condena fueron:

³²⁵ ASUA BATARRITA, A. *Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos*, en La Ley, 5 de junio de 1998; y MAJÓN-CABEZA OLMEDA, A. *Apología...*, op. cit., pp. 553 a 581, para esta profesora, la cesión de espacios no es un acto de colaboración típico, por lo que el T.S. erró en su fallo.

³²⁶ Según los hechos probados de la sentencia, en el vídeo aparecen tres encapuchados, que tienen como fondo una ikurriña y el símbolo de ETA, informando en euskera sobre la llamada “Alternativa democrática”. La alocución comienza con una referencia a la que llaman propuesta de paz de ETA, diciendo <<os vamos a ofrecer las condiciones para superar la lucha armada entre el Estado español y el País Vasco a través de los nuevos caminos democráticos y pacíficos y construir así el futuro del País Vasco>>. Añade: <<los problemas del País Vasco sólo los puede solucionar el propio País Vasco, pero en el marco en que vivimos eso no es posible>>. Continúa asegurando que para que se realice el proceso democrático <<la primera condición es la amnistía general e incondicional>> y <<la segunda condición es la salida de las Fuerzas Armadas españolas>>, añadiendo que <<si el Estado español acepta los puntos que han de establecerse, ETA daría un alto el fuego para dar paso al proceso democrático que ha de llevarse a cabo en el País Vasco>>. En este vídeo, dos encapuchados dejan ver en su cintura sendas pistolas.

³²⁷ En el “spot” destinado a ocupar espacios electorales televisivos de HB, según los hechos probados de la Sentencia, se pueden ver a tres encapuchados, con el anagrama de ETA a la espalda, sentados en una mesa, sobre la que hay tres pistolas, comenzando su alocución con la llamada propuesta de paz de ETA.

<<tanto el anterior art. 174 bis a), como el vigente art.576, sancionan actos de cooperación “*in genere*” que un “*extraneus*” aporta a la organización ilícita para, sin estar causalmente conectados a la producción de un resultado concreto, favorecer las actividades o los fines del grupo terrorista sin tomar cuenta de las normales consecuencias de las acciones “*intuitu personae*”. Para ello describen un elenco de conductas, varias y heterogéneas, que convergen y ofrecen nota común, en cuanto que, merced a las mismas, se favorece el logro de los fines a través de la colaboración en la realización de las actividades de elementos u organizaciones terroristas, sin integrar aquella colaboración actos propios y directos de cooperación que impliquen a sus autores en los delitos concretos llevados a término por los individuos o grupos citados>>.

El T.S. en esta Sentencia³²⁸, enumera una serie de caracteres de este tipo de colaboración con banda armada:

<<a) Autónomo, en el que se castigan conductas que implican participación en actividades de la organización terrorista sin venir subordinados a las exigencias del principio de accesoriedad.

b) Residual o subsidiario, por el que sólo se castigan los hechos si no constituyen una figura de mayor entidad.

c) De tracto sucesivo, (carácter cuestionado en algunas resoluciones aisladas) y reiterado de diversas acciones que, por razones de punibilidad o de política criminal, se sancionan con pena única.

d) De mera actividad, a través del cual y en razón de la prevalencia y de la garantía de la tutela más eficaz y completa que merece la defensa de bienes jurídicos tan importantes como la vida, la seguridad de las personas y la paz social- valores constitucionales de primer orden, según los arts.

³²⁸ RUIZ LANDÁBURU, M^a. J. Provocación y apología: Delitos de terrorismo, Colex, Madrid, 2002, hace una crítica de esta sentencia en las pp. 67 a 71, intentando desmontar los razonamientos que hace el tribunal sobre las características del tipo delictivo: <<La colaboración con banda armada,... no es un delito autónomo en sí mismo, sino una forma de participación elevada a la categoría de delito independiente. Tampoco es un delito de tracto sucesivo. Quien colabora habitualmente con una organización terrorista forma parte de esa organización. Sólo quien de forma puntual ofrece su apoyo o auxilio se puede considerar colaborador. Tampoco es un delito de mera actividad y mucho menos de peligro abstracto. Si exige la producción de un resultado: la realización efectiva del acto de colaboración; sí pone en peligro efectivo el bien jurídico protegido, que no es la vida o la integridad física, bienes lesionados por los concretos actos de terrorismo llevados a cabo por la organización o elementos terroristas, sino la seguridad interior del Estado y el propio orden constitucional, bienes jurídicos protegidos por el delito de asociación ilícita en su modalidad de asociación terrorista. En consecuencia es perfectamente admisible la tentativa. E igualmente es admisible que un mismo acto de colaboración,... sea sancionado como colaboración con banda armada y, a la vez, como participación... en el delito cometido>>. Sin embargo, PRATS CANUT, J. M. *De los delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 2223, sigue al T.S. para enumerar los caracteres de este delito.

10.1º, 15 y 17 de la Carta Magna- el legislador se ve compelido a anticipar la barrera de protección penal, recreando una figura delictiva en la que no se exige un resultado o modificación del mundo exterior, sino que el desvalor del acto cobra especial relieve, sancionándose la acción u omisión con independencia de los resultados en el sentido naturalístico de este término.

e) Que no lleva aparejado así la producción de un peligro efectivo, pero sí una acción apta para producir un peligro al bien jurídico como elemento material integrante del tipo (peligro abstracto)>>.

Nos atrevemos a afirmar que la conducta enjuiciada por este Tribunal es atípica, en la consideración de entender que la cesión de un espacio electoral y el anuncio, programación y exhibición, en actos públicos, de copias de una cinta de vídeo de E.T.A. no constituye colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista, sino que entra en el ejercicio de la difusión de ideas políticas erróneas y que no compartimos, pero que tampoco constituirían el tipo penal.

El T.C., en su Sentencia 136/1999, de 20 de julio, (R.T.C. 1999\136)³²⁹, en recurso de amparo anuló la anteriormente citada del T.S. 2/1997, de 29 de noviembre, porque el art. 174 bis a) -precepto utilizado en el enjuiciamiento por ser más favorable para los acusados que el art. 576- vulneraba el principio de legalidad penal al no guardar por su severidad y por el efecto que producía sobre el ejercicio de las libertades de

³²⁹ Para un estudio de esta sentencia *Vid.*: PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 291 y ss. DE OLIVEIRA ROCHA, L.O. *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las normas penales. El amparo a la Mesa de Herri Batasuna*, en Cuadernos de Política Criminal, Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, nº. 70, Madrid, 2000, pp. 219 a 244. Como conclusión del artículo: <<propugnamos el acierto de la decisión del Tribunal constitucional de España en el “caso de la Mesa Directiva de Herri Batasuna”, por representar el camino recto y necesario en el sendero de la efectividad de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, a las altas cortes de control judicial debe estar reservada la tarea de adecuar toda y cualquier manifestación legislativa a los límites fijados por las constituciones de los Estados de Derecho, sin que eso implique interferencia en el ejercicio de la función otorgada al Legislativo>>, pág. 244. También MAJÓN-CABEZA OLMEDA, A. *Apología...*, op. cit., pp. 553 a 581, realiza una crítica de esta sentencia, pero en sentido totalmente opuesto, porque entiende que el T.C. no puede entrar en la determinación de cuál sea la pena proporcional que merece cada conducta delictiva, ya que según su propia jurisprudencia corresponde esta labor al legislador, además ha cometido el mismo error que el T.S. al calificar como delito de colaboración la emisión de un vídeo y de una cuña que sería una conducta atípica. Otro análisis, en similar sentido que el anterior, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. *Principio de proporcionalidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna*, en La Ley, 26 de octubre, Madrid, 1999, pp. 2053 a 2059. En la pág. 2054, hace una crítica de la sentencia, de los siete argumentos principales, fundamentalmente de la aseveración por parte del T.C., de la inconstitucionalidad del precepto para este caso concreto por no incorporar previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de los actos de colaboración con la asociación terrorista. BILBAO UBILLOS, J. M. *La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana al legislador*, en Revista Española de Derecho Constitucional, nº. 58, enero-abril 2000.

información y de expresión una razonable relación con el desvalor de los hechos enjuiciados tendentes a un resultado de efectiva colaboración, siendo actos intimidatorios. Para este Tribunal estas ideas e informaciones por las que habían sido condenados los acusados se habían producido en campaña electoral y por lo tanto su represión podría producir un efecto disuasorio del ejercicio de las libertades de expresión y de comunicación. Como consecuencia de ello, de la utilización de penas desproporcionadas y de la falta de previsión del precepto orientada a la posibilidad de atemperar las sanciones a la entidad del acto de colaboración, el artículo se mostraba como inconstitucional –aunque no fue derogado por el T.C.- no porque contuviera los reprochables conceptos jurídicos indeterminados o cláusulas normativas abiertas en materia penal, sino por la falta de elementos que permitan la posibilidad de sancionar los hechos con menores penas; siendo preciso señalar, que el actual precepto que sanciona la colaboración no ha sido modificado para adecuarlo a esta doctrina.

Esta concreta consideración del T.C. no nos parece desacertada y entendemos que es ajustada a lo que debe ser su labor de garante de la Constitución y de los derechos fundamentales incluidos en la misma; por lo demás, que señale una norma penal como inconstitucional por vulnerar el principio de proporcionalidad de las penas, no debe ser a priori objeto de consideración como una invasión de las competencias legislativas por parte de este Tribunal, porque esa es la misión que tiene atribuida; aparte que se debería distinguir en la previsión de las sanciones de estas conductas las diversas modalidades, con sus diferentes contenidos de injusto, de gravedad y de peligro, para el bien jurídico protegido³³⁰. Se pueden dar multitud de formas de colaboración, de muy distinta naturaleza, que exigen para preservar este principio de proporcionalidad, respuestas punitivas muy diferentes y graduadas de forma diversa, para que se cumplan las previsiones constitucionales del art. 25.2, en el sentido en que las penas privativas de libertad deben de estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no han de tener un carácter meramente retributivo por el solo hecho cometido; como ha manifestado la doctrina, los tipos de terrorismo, y en concreto este

³³⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Sobre la función simbólica...*, op. cit., pág. 95, para el que <<la utilización en el tipo del término “cualquier acto de colaboración”, comprensivo de dos categorías de participación que, con carácter general, el Código valora de forma distinta: el cooperador necesario y cómplice. De igual forma es rechazable la imposición de una única pena,... con independencia de cuál haya sido el acto en el que se haya cooperado, lo que rompe tanto el equilibrio interno de este precepto, como el de este precepto con los restantes del Código referidos a la actividad terrorista. Con lo que, una vez más, se castiga igual lo desigual y se prescinde de toda posibilidad motivadora al pasar a constituir la amenaza penal un factor criminógeno de primera magnitud>>.

de colaboración genérica, tienen una gravedad importante y desde el punto de vista del bien jurídico protegido exigen una tutela reforzada, pero no la exacerbación o exasperación de las penas de forma desmesurada³³¹, y que lo único que hacen, este tipo de legislaciones de tan marcada severidad penal, es aumentar los efectos criminógenos³³².

En realidad pensamos que lo que pudo suceder fue lo siguiente: el T.S. en este caso, se vio ante la situación de que no debía calificar la conducta como delito de apología, por lo que los calificó como colaboración; interpretación extensiva que entendemos que lesiona los principios de exigencia de claridad y taxatividad de las normas penales, el principio de legalidad y el de seguridad jurídica, y al mismo tiempo, si se impidió la difusión del vídeo, el delito en aquel momento estaba intentado y no en grado de consumación como fue efectivamente calificado, y asimismo debió aprovechar este Tribunal para realizar una delimitación con la apología. Posteriormente, el T.C. entendió que debía corroborar la posición del T.S., realizando una ampliación extensiva del tipo de colaboración, pero coligiendo que el art. 576 preveía una pena a todas luces desproporcionada, por lo que la declaró inconstitucional. Y esto es lo que creemos que realmente pasó, por ser esta materia muy delicada, con connotaciones políticas que afectan a razones de Estado, que se encuentra sometida a una fuerte presión de la opinión pública y de los medios de comunicación, lo que deriva en analizar estas resoluciones concretas desde una perspectiva jurídica poco aséptica y con ciertas precauciones, para no caer en el error de involucrar los conceptos y las convicciones políticas propias, y mezclar las ajenas, en la investigación sobre los tipos penales de terrorismo.

Para finalizar, respaldamos la posición que conceptúa la colaboración como actos de efectiva y eficaz ayuda para la ejecución de acciones materiales relevantes y con la necesaria entidad y gravedad como para lesionar por sí mismas el bien jurídico protegido, en la medida en que como está concebida actualmente se pueden sancionar determinadas conductas que serían meros actos preparatorios impunes o incluso

³³¹ Ciertamente sector doctrinal, defiende que estas penas se ajustan al principio de proporcionalidad por la debida adecuación a la gravedad de los tipos de terrorismo, en este sentido, LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C. *Derecho Penal Español, Parte Especial...*, op. cit., pág. 583.

³³² LAMARCA PÉREZ, C. *La última recepción...*, pág. 966.

actividades que deberían ser atípicas, como la analizada más arriba, por el carácter abierto de la redacción del precepto.

VIII. La apología y humillación a las víctimas del terrorismo

La L.O. 7/2000, de 22 de diciembre, ha supuesto una reforma³³³ de la figura de la apología, actualmente el art. 578 la configura como un delito de terrorismo autónomo o determinado; en cambio, en 1995 el legislador optó por tipificar la apología, no de forma autónoma, como está ahora, sino que lo hacía en las Disposiciones Generales del Libro I del Código Penal, como una forma de provocación e incitación directa a delinquir³³⁴, es decir, como un acto preparatorio, en concreto, una provocación que requería la incitación directa al delito³³⁵. La doctrina exigía como elemento indispensable, la finalidad de incitar a la comisión de nuevos delitos, como forma de cooperación ideal *ex post facto*, que requería una anterior realización de una acción delictiva que era enaltecida o justificada, se debían de producir las notas esenciales de esta figura delictiva, a saber, enaltecer a los sujetos autores de conductas de terrorismo o

³³³ LAMARCA PÉREZ, C. *La reforma en materia de apología*, en Réplica y Dúplica, n.º. 24, febrero de 2002, pág. 6. Sobre esta reforma señala que <<supone un retroceso a la legislación anterior a 1995 pues ahora de nuevo se configura un tipo autónomo de apología en el que además ya no exige expresamente, como en el... artículo 18, que deba suponer una incitación directa a delinquir>>. Realiza, a continuación, una afirmación que es a todas luces acertada <<y es que el Código Penal no es una norma de vocación transitoria que haya que reformar cada vez que surge o se dispara una situación concreta de conflicto social; la reforma de la legislación penal sólo procede si resulta verdaderamente necesaria, esto es, si existen lagunas o contradicciones entre nuestras normas y, en todo caso, debe ser acorde con el sistema jurídico que diseña nuestro texto fundamental>>. En otro sentido COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M. *Derecho Penal Español...*, op. cit., pág. 1136, para los que la reforma viene a <<perseguir la exaltación de métodos terroristas radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional o de los autores de estos delitos, así como de las conductas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecerían un claro reproche penal... Se trata, en definitiva de volver a un concepto de apología menos rígido que el propuesto por el art. 18>>.

³³⁴ LAMARCA PÉREZ, C. *La reforma en...*, op. cit., pág. 6. <<Como es sabido, concebir la apología como un hecho delictivo ha sido siempre una cuestión polémica en materia penal, cuestión que parecía haber quedado definitivamente zanjada con la entrada en vigor del Código Penal de 1995 cuyo artículo 18 señala que la apología, definida como ensalzamiento del delito o de su autor, sólo debe ser punible como forma de provocación cuando suponga incitación directa a cometer un hecho delictivo>>. También LAMARCA PÉREZ, C. *Apología: un residuo de incriminación de la disidencia*, en Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, La Ley Penal, n.º. 28, año III, junio de 2006, pág. 43. Para un estudio de esta figura, en su redacción de 1995 en el Código Penal, *vid*: CUERDA ARNAU, M.ª L., *Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología*, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior, n.º. 1757, octubre de 1995.

³³⁵ CAMPO MORENO, J.C. *Represión penal...*, op. cit., pág. 213.

a los delitos en si mismos, como una modalidad de provocación y hacerlo de forma en que fuese pública, ante una concurrencia de personas para traspasar el ámbito privado, por lo que como instigación directa no se acoplaba invariablemente con un delito específico, no configurándose como un acto preparatorio punible³³⁶.

Define este artículo como apología el enaltecimiento o la justificación³³⁷ por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución; es decir, conductas de elogio, alabanza o exaltación de los autores o responsables -apología subjetiva- o de los actos delictivos terroristas- apología objetiva³³⁸, además considera el precepto, que la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, también es delito de apología³³⁹.

Para la doctrina³⁴⁰ la tipificación de la apología es <<un grave factor de riesgo para la virtualidad de la libre expresión de las ideas y para la tolerancia política>> residiendo la fundamentación de este tipo penal en el peligro de la comisión de nuevos

³³⁶ SERRANO BUTRAGUEÑO, L. *Provocación y apología*, en Código Penal de 1995, (Comentarios y jurisprudencia), Comares, Granada, 1999, pág. 255.

³³⁷ CORCOY BIDASOLO, M. Manual Práctico de Derecho Penal, Parte Especial, Doctrina y Jurisprudencia, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

³³⁸ Clasificación que utiliza la doctrina como MESTRE DELGADO, E. Delincuencia terrorista..., op .cit., pág. 214.

³³⁹ El C.P. en su art. 18.1 segundo párrafo establece que: <<Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito>>. Respecto a esta definición de la apología genérica RUIZ LANDÁBURU, M^a. J. Provocación y apología..., op. cit., pp. 11 y 12, opina que: <<Los problemas en la aplicación del artículo 18 del Código Penal son enormes. Quizá sea esta la principal razón que ha llevado al legislador a emprender la reforma operada por Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, que ha introducido, en el artículo 578, concretamente en su primer inciso, el nuevo tipo de justificación o exaltación del terrorismo. Este precepto prescinde de prácticamente la totalidad de los requisitos exigidos por la apología genérica recogida en el artículo 18 del Código Penal. En realidad se limita a describir una conducta típica que consiste simplemente en la manifestación justificadora o elogiadora de un delito terrorista o de su autor. Como establece la exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica con ello se pretende poner fin a un ámbito de impunidad del que disfrutaban los “amigos” del terrorismo>>. De la misma opinión es MAJÓN-CABEZA OLMEDA, A. *Apología...*, op. cit., pág. 555: <<Hasta la reforma operada por la L.O. 7/2000, las posibilidades de castigar conductas de apología del terrorismo quedaban muy reducidas por el requisito de incitación directa a cometer un delito; sobre todo si se tiene en cuenta que este requisito debe entenderse como una doble exigencia: la incitación en si misma y la idoneidad de esa incitación para poner en peligro el bien jurídico del delito objeto de apología>>.

³⁴⁰ ARROYO ZAPATERO, L. Terrorismo..., op. cit., pág. 188.

delitos³⁴¹ y en concreto, esta reforma ha supuesto, como ha expresado Lamarca Pérez³⁴², el retorno <<a la legislación anterior a 1995, pues ahora se configura como un delito autónomo, en el que además, ya no se exige que la apología constituya incitación directa a delinquir>>, por lo que su regulación queda al margen del art. 18, que entendía, hasta la entrada en vigor de la L.O. 7/2000, de 22 de diciembre, que era delictiva como provocación e incitación directa al delito³⁴³.

El bien jurídico protegido³⁴⁴ en el delito de apología es el mismo que el del delito principal ya cometido, es decir, en este caso, en la medida en que se enaltece o justifica un delito comprendido en los arts. 571 a 577 del C.P., o de los que hayan participado en su ejecución, será idéntico al de los delitos de terrorismo que hemos estudiado. Y en el delito de descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de los

³⁴¹ CARBONELL MATEU, J.C. *Apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado*, en Comentarios a la Legislación Penal. El Derecho penal del Estado democrático, Madrid, 1983, pág. 242.

³⁴² LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos contra...*, op. cit., pág. 716. De la misma autora: *La reforma en...*, op. cit., pág. 6. Tratamiento jurídico..., op. cit., pp. 290 a 292. Y *Apología: un residuo de incriminación...*, op. cit., pág. 44. Mantiene similar opinión: CAMPO MORENO, J.C. *El enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo*, en La Ley, 24 de enero, Madrid, 2001, pág. 1753, exigiendo este autor, el elemento subjetivo incitador aunque sea indirecto. En la legislación anterior al C.P. de 1995, la apología, no comprendía una finalidad específica de provocación, sino que consistía en manifestar públicamente, en términos de elogio o exaltación, un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones terroristas, porque los efectos perturbadores de la conducta se extendían más allá de la acción concreta, atacando valores fundamentales de la organización política, y era en la prolongación del daño donde la apología encontraba su fundamento legal, en la medida en que tendía a legitimar una actividad que quería presentarse justificada y legítima desde la óptica del delincuente, acentuando y prolongando las consecuencias dañosas del terrorismo no era, por lo tanto, un acto preparatorio de incitación al delito.

³⁴³ BERNAL DEL CASTILLO, J. *Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000, de modificación del C.P. en materia de terrorismo*, en La Ley, Madrid, 2001, pág. 1627, para este autor: <<El nuevo art. 18 concebía la apología dentro de unos límites tan estrictos, que hacía que los casos de enaltecimiento de un delito o de sus autores no pudieran ser castigados más que como una forma directa de provocación de un delito, con la consecuencia de que su aplicabilidad en la Parte Especial quedara reducida a casos excepcionales>>; por lo que una parte de la doctrina, MANZANARES SAMANIEGO, J. L. *Reformas penales en materia de terrorismo*, en Actualidad Penal, n.º. 48, del 25 al 31 de diciembre, La Ley, Madrid, 2000, pp. 1009 a 1018, venía reclamando su modificación: <<La apología únicamente se castiga como forma de provocación para la comisión de un delito concreto, lo que excluye aquellas declaraciones de apoyo general a E.T.A. o de glorificación de sus miembros. Dado que aquí no cabe una interpretación extensiva, resulta muy difícil aplicar a tales conductas la figura de colaboración con banda armada>>, pág. 1015.

³⁴⁴ DEL MORAL GARCÍA, A. *Delitos contra el orden público*, en Código Penal de 1995. (Comentarios y Jurisprudencia), SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (coordinador), Comares, Granada, 2002, pág. 2763. <<La indagación de cual sea el bien jurídico protegido aparece así como un elemento básico de la interpretación del precepto. De cualquier forma, aunque se buscasen otros bienes sociales tutelados... creo que habría de hablarse de delito pluriofensivo donde también estaría presente la protección del honor de las víctimas del delito o sus familiares lo que lleva a negar la posibilidad de concurso con los delitos de injuria o calumnia. Justamente la existencia de esos otros bienes jurídicos presentes permite interpretar que también se dará el delito cuando la víctima haya fallecido, y aunque la conducta no trascienda a los familiares>>. Para toda la problemática que plantea el bien jurídico protegido en este delito, *vid.* VIVES ANTÓN, T. *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico; el problema de la apología del terrorismo*, en Terrorismo y proceso penal acusatorio, VV. AA., Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 17 a 47.

delitos terroristas o de sus familiares, el bien jurídico protegido, es el honor³⁴⁵ del sujeto que ha padecido los atentados terroristas, y el de sus familiares en caso de que éste haya fallecido. El honor hay que entenderlo aquí en sentido objetivo, como notoriedad social, la imagen pública, la fama o la reputación que tienen las demás personas, de la personalidad moral de otro sujeto, y en sentido subjetivo, como conciencia y sentimiento del individuo de su valía y prestigio, entendido como autoestima de la propia personalidad moral, teniendo presente que el individuo se desarrolla en la sociedad con unas pretensiones y unas expectativas personales, que están condicionadas y supeditadas para su realización por las cualidades que le asigna la misma, presentándose estas expectativas propias influidas por las ajenas, que le confieren al individuo el deseo de lograr lo que el resto de la sociedad le asigna. A juicio de Otero González³⁴⁶ <<el concepto de honor que debe tutelarse en el ámbito penal es un concepto de honor real o merecido que significa que todas las imputaciones de hechos que sean objetivamente verdaderas, no lesionan el honor, son atípicas>>.

Por otro lado, asimismo es cierto que la C.E. consagra la libertad de expresión e información, y como señala Lamarca Pérez³⁴⁷ <<cualquier ciudadano tiene, con el límite del derecho al honor, derecho a expresarse y emitir sus opiniones estando singularmente protegidos, por el derecho a no revelar sus fuentes de información... El derecho a la información no supone únicamente la facultad de relatar los sucesos sino, asimismo, de emitir una opinión o valoración de los hechos que, por otra parte, no sólo deben reflejar o ajustarse a la verdad objetiva sino que también queda cubierta por este derecho la verdad subjetiva o, lo que es lo mismo, aquella suficientemente contrastada. La libertad de expresión, por su parte, supone no sólo el derecho a emitir nuestras opiniones y juicios de valor sino igualmente a defender doctrinas e ideas de la índole que sean>>. Encontrándonos ante la disyuntiva derecho al honor-libertad de expresión,

³⁴⁵ Esto hace pensar a cierto sector doctrinal que estamos en esta modalidad de conducta ante delitos, no de apología, como forma de provocación indirecta, sino de amenazas o injurias cualificadas. BERNAL DEL CASTILLO, J. *Observaciones en torno...*, op. cit., pág. 1630. MUÑOZ CONDE, F. *Delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 912. En esta modalidad de conducta, dice este profesor, que el bien jurídico es autónomo, el dolor y afecto de los familiares de las víctimas y la dignidad de la propia víctima, cuando se deteriora su imagen para justificar los atentados contra ella.

³⁴⁶ OTERO GONZÁLEZ, P. *Medios de tutela ante los juicios paralelos durante la fase de juicio oral. (A propósito de la S.T.C. 136/1999, de 20 de julio –caso de la Mesa Nacional de H.B.)*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* LIII, 2000, pág. 303. Y de igual forma en *La exceptio veritatis y la falsedad objetiva en los delitos contra el honor*, en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º. 28, junio de 2006, pág. 24, donde dice que no merecen respuesta penal las imputaciones de hechos que son objetivamente verdaderos.

³⁴⁷ LAMARCA PÉREZ, C. *La reforma en...*, op. cit., pág. 7.

ámbito en el que estas doctrinas e ideas se deberán ajustar al ordenamiento jurídico, ya que sino podríamos estar en el terreno de lo típico; con el peligro de que, como ha manifestado Cancio Melia, proclamemos como <<un mero tabú la expresión de determinadas opiniones>>³⁴⁸.

Creemos que estas acciones cuando son objeto de infracción criminal, serían delito contra el honor o la integridad moral, por lo que nos unimos a Lamarca Pérez³⁴⁹, para la que <<no se trata de un delito de terrorismo, por más que formalmente se ubique entre los mismos, por lo que tampoco podrán aplicarse en estos casos las medidas excepcionales sobre suspensión de derechos u otras consecuencias propias de este tipo de normativa>>.

En todo caso y recapitulando, en el delito de apología, el sujeto activo puede ser cualquiera que actúe incluso al margen de cualquier tipo de asociación terrorista de las que conocemos; siendo el sujeto pasivo, el mismo de los delitos terroristas, la sociedad en su conjunto. En el delito de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, los sujetos pasivos serán específicos y concretos, las víctimas de los delitos terroristas o sus familiares.

De una lectura del Preámbulo de la L.O. 7/2000, de 22 de diciembre, se colige que el delito de apología no sanciona la conducta de elogiar o enaltecer una ideología o una doctrina concreta, lo que se sanciona es, como dice Lamarca Pérez³⁵⁰ <<la alabanza del delito terrorista o de quienes hayan participado en el mismo>>, siendo punible tanto la apología de los autores del delito como de los partícipes, es decir, de todos los sujetos que hayan intervenido en cualquier delito de terrorismo ya realizado, siempre que la apología se haya verificado de forma pública, es decir, con un número importante de receptores, por lo que será necesario utilizar algún medio de difusión que sea capaz de lograr que la manifestación alcance una difusión notoria por el elevado número de sujetos a los que ha llegado, pudiéndose incluir, por lo tanto, conductas llevadas a cabo

³⁴⁸ CANCIO MELIA, M. <<Derecho penal>> del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las informaciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la L.O. 7/2000, en Jueces para la Democracia, n.º. 44, julio 2002, pág. 26.

³⁴⁹ LAMARCA PÉREZ, C. *Apología: un residuo de incriminación...*, op. cit., pág. 45.

³⁵⁰ LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos contra...*, op. cit., pág. 716.

en un mitin o concentración, e incluso, a través del correo electrónico³⁵¹. Si la apología se realiza en el ámbito privado, o de forma individual, la conducta será impune, ya que el bien jurídico protegido no se ha puesto en peligro³⁵², como por ejemplo, la apología realizada en la esfera familiar, en el círculo de amistades del sujeto o en el ámbito laboral. La apología, como sostiene Lamarca Pérez³⁵³ <<se configura como una forma de cooperación ideal *ex post facto*>> de terrorismo de los artículos 571 a 579 del C.P. excepto de este propio delito de apología del art. 578, ya que no es posible sancionar la apología de la apología, ni es delictivo tampoco enaltecer o justificar virtudes privadas; así como la autoapología y el autoencubrimiento, que son impunes. El T.C. en la citada Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre, (R.T.C. 1987\199), señala que sólo es punible la conducta que tenga capacidad para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos que merezcan protección penal.

Los verbos típicos son enaltecer³⁵⁴, en el sentido de ensalzar, engrandecer, exaltar, alabar o elogiar los delitos de terrorismo o de los sujetos que hayan participado en el mismo, y justificar, que consiste en hacer justos o alabar la bondad de los mencionados delitos y de sus partícipes, y según el D.R.A.E.³⁵⁵, probar una cosa con razones convincentes, testigos y documentos, rectificar o hacer justa una cosa. La introducción de <<la justificación>> ha sido calificada en el Dictamen del Consejo de Estado de solución meramente léxica, introducida para salvar que la igualdad entre las

³⁵¹ LAMARCA PÉREZ, C. *La reforma en...*, op. cit., pág. 8. Y la misma profesora, *Apología: un residuo de incriminación...*, op. cit., pág. 47.

³⁵² POLAINO NAVARRETE, M. *Apología y encubrimiento del terrorismo*, en *La Criminalidad organizada ante la Justicia*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996, pág. 44, para el que: <<El Código Penal, que pretendía incriminar generalizadamente la apología delictiva o delincuencia, ha terminado plegando el concepto de apología al de provocación, y restringiendo a su vez éste a una suerte de provocación poco menos que publicitaria y tumultuaria, en una impropia determinación de la provocación, formalista y alarmista ajena a la valoración de los criterios subjetivos del injusto típico>>. De la misma opinión LAMARCA PÉREZ, C. *La reforma en...*, op. cit., pág. 8, al referirse a los supuestos de apología delictiva, <<se requiere que el hecho sea público (no resultaría así punible la opinión emitida ante un reducido grupo de amigos) lo que, normalmente, supondrá su difusión a través de medios de comunicación, como televisión, prensa, radio e incluso cabría plantearse el medio del correo electrónico cuando se difunde a un amplio número de personas (no así cuando, como en el caso del correo tradicional, el mensaje se remite a unas pocas personas privadas)>>.

³⁵³ LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos contra...*, op. cit., pp. 716 y 717, en *La reforma en...*, op. cit., pág. 8 y en *Tratamiento jurídico...*, op. cit., pág. 458, donde añade que requiere la existencia <<de un previo delito sobre el que proyectar el elogio... ya que el elogio o ensalzamiento representa en cierto modo una continuación en la ofensa del bien jurídico protegido. De ahí también que, a mi juicio, no pueda equipararse apología y provocación, ni aceptarse la apología de delito no cometido>>.

³⁵⁴ Vid la S.T.S. 149/2007, de 26 de febrero, que resuelve el Recurso de casación nº. 11281/2006 P, caso De Juana Chaos, donde se define “enaltecer” como <<ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo>> y se dice que “justificar” <<quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal>>.

³⁵⁵ Diccionario de la Real..., op. cit., págs. 576 y 859.

acciones previstas en este art. 578 y el art. 18 tuviere como consecuencia que se requiriese la incitación directa a la comisión de un delito en la aplicación del art. 578; en todo caso, formarían parte de este tipo todas aquellas opiniones y expresiones que compartan, participen o acompañen la realización de cualquier delito de terrorismo, por lo que para que la conducta sea delictiva, es necesario que se alabe o justifique un delito ya realizado, aunque literalmente requeriría una exégesis por parte de los sujetos activos, encaminada a corroborar que los actos violentos realizados son justos; encontrándose en el límite de lo típico, las conductas de apoyo a la estrategia terrorista, de adhesión, de exposición de que la táctica o la política terrorista es acertada, de satisfacción por los delitos cometidos o argumentos o razones que llevaron a cometerlos pero sin alabanza o justificación, viniendo a corroborar esta idea la estudiada Sentencia del T.S. 2/1997, de 29 de noviembre, (R.J. 1997\8535) ³⁵⁶, que no considera típica la conducta de expresar una creencia que se ajuste a la de los terroristas:

<<...este delito no se comete cuando las manifestaciones de aprobación no se refieren a acciones típicas, antijurídicas y amenazadas con penas concretamente ejecutadas sino a la ideología general de personas que en los fines últimos puedan coincidir con la finalidad perseguida por los delincuentes>>.

En el delito de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, la conducta típica es <<la realización de actos que entrañen descrédito>>, que, según el D.R.A.E. ³⁵⁷, es la disminución o pérdida de la reputación de las personas, <<menosprecio>> que para el mismo Diccionario es desestimación, poca estima, desprecio, indiferencia, despegó, falta de aprecio, de afecto, de reconocimiento, de valor que se da y considera a una persona o tenerla en menos de lo que merece o <<humillación>> que es postrar, inclinar, abatir el orgullo y la altivez. En este supuesto no es necesario que la conducta de descrédito, menosprecio o humillación, se verifique con publicidad, como se asevera en el Informe de la Fiscalía General del Estado, cuando hace mención a que estas acciones, aún realizadas sin publicidad, como pueda ser un mensaje de texto por teléfono móvil, encierra una capacidad ofensiva digna de sanción penal.

³⁵⁶ Para un estudio pormenorizado de esta sentencia MAJÓN-CABEZA OLMEDA, A. *Apología...*, op. cit., pp. 553 a 581. También ASUA BATARRITA, A. *Apología del terrorismo...*, op. cit., pp. 1 a 6.

³⁵⁷ Diccionario de la Real..., op. cit., págs. 498, 959 y 799.

Los verbos típicos no son unívocos, lo que provoca que debido a la gran variedad de conductas imaginables el precepto pueda crear inseguridad jurídica, al no quedar especificado qué acciones son efectivamente típicas y por lo tanto punibles y qué acciones, aunque moralmente reprobables, quedan al margen de la tipicidad. Una vez más deberán ser los tribunales de justicia los que, en la medida en que vayan conociendo y juzgando estas conductas, realicen una labor de construcción del efectivo ámbito delictivo y del significado y alcance del precepto³⁵⁸.

La conducta es alternativa³⁵⁹, <<el enaltecimiento o la justificación... de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577... o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares>>, por lo tanto, comprende las dos opciones, la apología del delito y del culpable del mismo; siendo necesario, realizar una interpretación amplia del precepto, en el sentido de englobar, en la expresión <<quienes hayan participado en la ejecución>>, a los autores y partícipes, en la realización de un tipo penal, siempre limitado claro está, al enaltecimiento o justificación, y no al los actos de descrédito o humillación.

³⁵⁸ Aunque como afirma LAMARCA PÉREZ, C. *La reforma en...*, op. cit., pág. 7. <<En cuanto a la jurisprudencia, hay que señalar que resultan muy escasos los fallos que se han producido en esta materia de los cuales la mayoría han sido absolutorios>>. Cita, esta profesora, SS. del T.S. como las de 19 de enero de 1884, 17 de enero de 1969, 26 de abril de 1969, 4 de julio de 1994, 9 de mayo de 1996 y la S.T.C. de 12 de diciembre de 1986.

³⁵⁹ LAMARCA PÉREZ, C. *La reforma en...*, op. cit., pág. 6, <<la modificación del art. 578 contempla no sólo un supuesto de apología típica sino dos conductas diferentes. De un lado, en el primer párrafo, se ubica la apología propiamente dicha definida como enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución y, de otro, en un segundo párrafo, se declara también punible “la realización de actos que entrañan descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares”>>. En la pág. 8, en cuanto a la conducta <<consiste en el enaltecimiento o justificación lo que, en el primer caso, supone algo más que la mera aprobación o el asentimiento y, en el segundo supuesto, algo más que la mera explicación y, en todo caso, este enaltecimiento o justificación lo ha de ser de un delito de terrorismo tipificado como tal en el Código Penal (arts. 571 y ss.) o de quienes hayan participado en su comisión>>. Sobre la conducta de realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, <<no se trata de un supuesto de apología sino de una conducta que está cercana a los delitos de injurias o a los recientemente creados por el Código penal de 1995 Delitos contra la integridad moral... si el descrédito o menosprecio de las víctimas constituye un delito o una falta de injurias o un supuesto de delito contra la integridad moral estos casos ya están contemplados en la legislación penal y la inclusión de este párrafo sólo planteará problemas de aplicación del concurso de las leyes; en otro caso, si la conducta no llegara a integrar estos tipos delictivos será, quizás, que se trata de conductas irrelevantes o moral pero no jurídicamente reprobables y, en todo caso, la reforma en este punto vulnera claramente el principio de igualdad pues todas las víctimas y sus familiares y no sólo las de los delitos terroristas tienen derecho a que no se realice contra ellas actos de descrédito, menosprecio o humillación>>.

Esta forma de configurar el tipo ha sido criticada por la doctrina³⁶⁰, ya que el art. 578 tipifica dos conductas de diferente naturaleza jurídica, que deberían tener un tratamiento normativo separado, al no ser modalidades de un mismo hecho delictivo. Esta mala técnica legislativa por la falta de diferenciación típica de dos conductas distintas, crea a su juicio, confusión, inseguridad jurídica y problemas de interpretación.

Para cierto sector doctrinal³⁶¹, era necesario para entender perfeccionado el delito, que se hubiese realizado la acción calificable de apología con una especial finalidad de incitar a la realización de posteriores delitos terroristas, por lo que sólo sería punible si existía un ánimo de provocar la comisión de futuros delitos. En cambio, Lamarca Pérez³⁶², concebía la apología de forma autónoma, la apología no aumentaba o creaba el riesgo de la ejecución futura de un delito, se configuraba como una manifestación pública que elogiaba, exaltaba, apoyaba o mostraba solidaridad moral o ideológica con ciertas conductas delictivas, sin que fuere preciso que estuviese presente un elemento subjetivo consistente en el ánimo del sujeto de incitar a la comisión o realización de futuras acciones delictivas; lo que significaba, que la apología en su modalidad de enaltecimiento de un delito, no de los autores, debía tratarse de un delito futuro y no de los ya ejecutados, no bastando la aprobación o la satisfacción; por lo que, no quedaba fuera del ámbito de la tipicidad, la mera exteriorización de opiniones y la solicitud de fidelidad o de lealtad a un ideario o doctrina³⁶³; que tendrían que haber estado al margen del tipo de apología, especificada por la nota de publicidad, al contrario que la provocación que se realizaba con o sin ella.

³⁶⁰ BERNAL DEL CASTILLO, J. *Observaciones en torno...*, op. cit., pág. 1628.

³⁶¹ Conforme a la configuración que presentaba antes la apología en el anterior C.P: CARBONELL MATEU, J.C. *Apología de los delitos...*, op. cit., pág. 242. También en la misma línea, ARROYO ZAPATERO, L., *La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo*, en Cuadernos de Política Criminal, Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, n.º. 15, Madrid, 1981, pp. 393 a 395, entendía este profesor que debía concurrir un ánimo o finalidad en el autor como elemento subjetivo de provocar futuros delitos.

³⁶² LAMARCA PÉREZ, C. *Tratamiento jurídico...*, op. cit., pp. 290 y 291, para la que si efectivamente se verificaba este aumento o creación del riesgo de la ejecución futura de un delito, se tendría que calificar la conducta como de provocación.

³⁶³ LAMARCA PÉREZ, C. *Tratamiento jurídico...*, op. cit., pág. 291, afirmaba sobre la regulación de la apología en el C.P. derogado, que no comprendía una finalidad específica de provocación, siendo una manifestación de forma pública, en términos de elogio o exaltación, un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas.

Con la regulación vigente³⁶⁴ <<la apología ha de versar sobre un delito ya realizado como... exigía la jurisprudencia, lo que confirma su carácter de tipo autónomo y forma de cooperación ideal ex post facto... la apología de los partícipes (aquí se ha producido una extensión pues ya no se habla sólo de los autores como venía siendo habitual en este delito) ha de ser también en relación con un hecho delictivo ya cometido sin que quepa hablar de apología cuando se trata del enaltecimiento de virtudes privadas... la autoapología, del mismo modo que el autoencubrimiento, es un hecho impune cuyo desvalor debe quedar subsumido en el hecho principal realizado>>.

En el delito de descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, como hemos manifestado, puede considerarse perfeccionado el delito sin que se lleve a cabo la conducta con publicidad, y tampoco es necesario que se realice una incitación de forma directa a la ejecución de nuevas actuaciones delictivas, por lo que, de *lege data*, no quedarían fuera del ámbito de la tipicidad, la mera exteriorización de opiniones humillantes hacia las víctimas en el ámbito privado, sin ninguna finalidad, que de *lege ferenda* deberían quedar al margen de esta modalidad delictiva, debiéndose exigir el requisito de la publicidad y el fin específico de incitación directa a los delitos terroristas.

Estamos ante un tipo doloso. El dolo abarca el enaltecimiento o la justificación de los delitos tipificados en los arts. 571 a 577 o de sus autores o partícipes, sin que sea necesario que englobe la intención de provocar a la ejecución del crimen, es decir, el tipo no exige incitación a cometer un delito, ni de forma directa ni de forma indirecta, quebrantando el tenor literal y el espíritu del precepto cualquier otra interpretación. En el delito de humillación a las víctimas del terrorismo, es necesario que el sujeto activo tenga ánimo de desacreditar, menospreciar o humillar a las referidas víctimas o a sus

³⁶⁴ LAMARCA PÉREZ, C. *La reforma en...*, op. cit., pág. 8. RUIZ LANDÁBURU, M^a. J. Provocación y apología..., op. cit., pág. 37, al afirmar que: <<La apología no es más que una alabanza al delito o a su autor. La concurrencia de requisitos adicionales,... es una circunstancia adicional a la esencia de esta conducta que servirá, en su caso, para fundamentar la legitimidad de su punición>>. En la pág. 76, reitera su posición en torno a que para la aplicación de la apología la ley no exige la concurrencia de un requisito adicional a la expresión pública de una opinión por la que se manifieste que la comisión de un delito terrorista o de su autor es un comportamiento susceptible de elogio, por lo <<que en ningún caso es preciso que esa expresión incite directa o indirectamente a la comisión de un delito de los recogidos en el artículo en cuestión, ni que el dolo del autor abarque más allá que el propio elogio>>. En la pág. 39, sobre si es un delito autónomo, manifiesta que <<la apología siempre va referida a un delito que proporciona el bien jurídico protegido por aquella. No atenta con la conducta apologética contra algo diferente a lo que se lesiona con el delito alabado, siendo precisamente éste elemento común el que proporciona un injusto sancionable a la apología>>.

familiares, pero no como un especial elemento subjetivo del injusto, sino como dolo específico del autor.

Lamarca Pérez³⁶⁵, mantiene que <<reproducir un comunicado, manifestar una comunión ideológica o incluso dar el nombre de una calle o realizar un homenaje a una persona imputada o condenada por terrorismo no son actos que constituyan o deban constituir un delito de apología>>, ya que, como sabemos, la apología no es nada más que el enaltecimiento o la justificación de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución, o en su otra modalidad, la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, y con estas acciones que enumera Lamarca Pérez, no se cumple con el tipo delictivo, excepto si se realizan con esa finalidad de enaltecer o justificar el terrorismo, a sus autores, a sus partícipes o se intenta humillar a las víctimas o a sus familiares; lo que plantea una dificultad para concretarlo, porque no se enaltece, ni ensalza, ni engrandece, ni exalta, ni alaba, ni elogia a nada, ni a nadie, ni mucho menos, se justifica, porque no se intenta probar la bondad de de nada, ni de nadie, y en todo caso, tampoco estas conductas serían delictivas, aunque si reprochables moralmente. Lo que se está haciendo es expresar unas ideas u opiniones, que pueden ser desacertadas o equivocadas desde una óptica política, pero no necesariamente delictivas³⁶⁶. Es indispensable la defensa de la libertad de pensamiento y de expresar ese pensamiento, que está últimamente bastante amenazada desde los gobiernos democráticos que anteponen a la libertad, una supuesta seguridad, muchas veces seguridad sobre previsibles amenazas futuras no muy concretas, para crear cierta preocupación o desasosiego al ciudadano y sensación de vulnerabilidad y de peligro ante posibles ataques de elementos terroristas, lo que justificaría el detrimento e incluso el cercenamiento de ciertos derechos fundamentales y libertades públicas, a favor de una seguridad y de un orden que supuestamente benefician al poder³⁶⁷.

³⁶⁵ LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos contra...*, op. cit., pág. 717. <<De hecho... no ha existido ninguna condena por este tipo de acciones>>; asimismo en *La reforma en...*, op. cit., pág. 8; y *Apología: un residuo de incriminación...*, op. cit., pág. 46.

³⁶⁶ A este respecto *vid.* LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos contra...*, op. cit., pág. 717.

³⁶⁷ En la Exposición de Motivos de la L. O. 7/2000, de 22 de diciembre, se asegura que no se quiere prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, aunque lleguen a poner en cuestión el marco constitucional, ni prohibir la expresión de opiniones subjetivas de acontecimientos históricos o de actualidad. De lo que se trata es de perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos; en definitiva, sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo. La S.T.S. 2/1997, de 29 de noviembre, (R.J. 1997\8535), se pronuncia en similares

En todo caso la frontera de la libertad de expresión viene marcada en el art. 20.4 de la C.E., al establecer que: <<Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia>> y siendo el objeto de la misma, como ha señalado Muñoz Lorente³⁶⁸, <<la difusión de opiniones, ideas, juicios de valor, apreciaciones que, por su singularidad, sólo están sujetas al límite de que no se trate de expresiones formalmente injuriosas>>, por lo que <<comprende el derecho a la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida o ácida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, siempre y cuando, no se incurra en el insulto formal o en expresiones intrínsecamente vejatorias>>.

En el delito de humillación a las víctimas del terrorismo, la conducta de realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación, es reprobable desde un punto de vista ético y moral, por la ruindad y mezquindad del sujeto que realiza este tipo de hechos, mancillando a las víctimas o a los familiares de un delito de terrorismo; pero esto no justifica que una conducta reprochable en el ámbito moral, se eleve a la categoría de ilícito penal³⁶⁹. Aparte de que no se entiende, porqué sancionar los actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, y no hacerlo de otro tipo de delitos como puedan ser de violencia en el ámbito de la familia o concretamente sobre la mujer o de delitos cometidos con fines xenófobos o racistas; piénsese en personas que han sufrido ataques violentos por ser extranjeros, que incluso han podido perder la vida o sufrir lesiones graves, y además son objeto, ellos o sus familiares, de este tipo de actos de humillación. Nos encontramos, por lo descrito, ante una clara quiebra del principio de igualdad, y del

términos al afirmar que el delito de apología no pretende prohibir manifestaciones ideológicas, porque entonces sería contrario al art. 20 de la C.E., lo que pretende es sancionar la aprobación de comportamientos delictivos, además la manifestación pública de elogio o exaltación de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de estos delitos.

³⁶⁸ MUÑOZ LORENTE, J. *Injurias, calumnias y libertades de expresión e información: elementos de interacción*, en La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, n°. 28, junio de 2006, pág. 14.

³⁶⁹ En contra RODRÍGUEZ PUERTA, M^a. J. *De los delitos de terrorismo*, en Comentarios al nuevo Código Penal, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coordinadores), Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 2504, para la que la tipificación esta justificada político-criminalmente por el desvalor de resultado de la conducta, por la tutela al honor y a la dignidad humana, sin perjuicio de la indeterminación de los bienes jurídicos protegidos.

de proporcionalidad, porque las mismas conductas, cometidas sobre víctimas de delitos no terroristas, tendrán que ser calificadas como delitos contra la integridad moral o de injurias, que prevén penas inferiores; en este tipo del art. 578 se prevé una pena de uno a dos años de prisión, sin embargo, en el art. 209, la pena es de multa de tres a siete meses cuando se trata de injurias graves sin publicidad o multa de seis a catorce meses si se efectúan con publicidad, y en el art. 173.1, la pena de prisión de seis meses a dos años.

Como reseñamos más arriba, el tipo se configura como abierto, porque dentro del mismo son innumerables las posibles conductas típicas, creando cierta inseguridad jurídica, existiendo tres interpretaciones posibles para este tipo del art. 578³⁷⁰:

- La primera³⁷¹ en el sentido de considerar que aunque explícitamente no se exige el requisito de la incitación a cometer nuevos delitos, se entiende presente implícitamente, lo que nos llevaría a una escasa aplicación práctica del precepto, en la medida en que las conductas que normalmente se realizan no incitan a la comisión de delitos concretos, lo que convertiría este artículo en letra muerta.

- La segunda³⁷² pasaría por entender que este artículo no define una verdadera figura de apología, en el sentido de acto preparatorio del delito, por lo que estaríamos ante un nuevo concepto de apología distinto al tradicional, lo que nos conduciría para su aplicación al cercenamiento del ejercicio de la libertad de expresión, debiéndose sancionar conductas reprobables desde un punto de vista social, pero no como apología, entrando continuamente en un conflicto con la libertad de expresión.

- Y la tercera, concebir este tipo como sancionador de conductas de las que se derive un riesgo genérico, indirecto o circunstancial, apto para la creación o el

³⁷⁰ Seguimos a BERNAL DEL CASTILLO, J. *Observaciones en torno...*, op. cit., pp. 1628 a 1629.

³⁷¹ MAJÓN-CABEZA OLMEDA, A. *Apología...*, op. cit., pág. 577, entiende que esta opción sería correcta desde un punto de vista dogmático, pero no es la que el legislador ha querido, ya que el art. 578 no reclama la aplicación del art. 18, ya que entonces no tendría que haber hecho nada.

³⁷² MAJÓN-CABEZA OLMEDA, A. *Apología...*, op. cit., pág. 578, esta interpretación supone admitir una apología que no es un acto preparatorio, sin que requiera incitación directa y que se castiga por su propio contenido de injusto independientemente de que ponga en peligro un concreto bien jurídico; interpretación rechazada por ambos autores, por lo dicho más arriba. Para esta profesora, la apología sancionada en este art. 578, no es una forma de provocación, no requiere ningún tipo de incitación, ni directa ni indirecta. Llega a la conclusión de que <<el art. 578 tipifica un comportamiento apologético, que no requiere incitación directa ni indirecta, que no es un acto preparatorio, que no es provocación, que no se castiga por el peligro, si quiera abstracto, para un bien jurídico de referencia de los delitos de terrorismo, que tiene naturaleza de delito autónomo... y que tiene una pena propia>>.

favorecimiento de un clima de aceptación social del terrorismo, sin que sea necesario que constituya una provocación directa a delitos concretos o a personas determinadas, lo que nos trasladaría a una intervención penal en un nivel más alejado que el ámbito reservado a la libertad de expresión; castigando solamente las acciones que representen un peligro potencial, real y de naturaleza abstracta, para el orden público y la paz social; es decir, interpretar este art. 578 como una forma de incitación o de provocación indirecta.

El legislador al reformar este precepto, no ha tenido en cuenta que para elaborar un tipo que sanciona acciones que atañen a la libertad de expresión como ejercicio de un derecho fundamental de nuestro texto constitucional, se debe de determinar con exactitud su contenido, asegurándose que la conducta efectivamente no es el ejercicio legítimo a la libertad de expresión, o en su defecto no es un ejercicio excesivo que requiera una intervención penal, para garantizar los principios de intervención mínima y de proporcionalidad en la reacción³⁷³.

Por último, volver a señalar, que la elevada pena de este tipo en relación con los delitos comunes contra el honor, nos hace pensar que se enerva el principio de proporcionalidad, en la medida en que la pena prevista para este delito es de prisión de uno a dos años, muy superior a las penas previstas para las injurias graves. Además, cabe la posibilidad que el juez o tribunal acuerde en la sentencia, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el art. 57 en relación con el art. 48 del C.P.³⁷⁴, como la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, que impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. El plazo de duración de estas prohibiciones se determina en el art. 57, por tiempo que no excederá de cinco años en este caso, por ser un delito, el del art. 578, menos grave, al tener prevista una pena de prisión de uno a dos años, sin perjuicio que si el condenado lo es a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo haga por un tiempo superior entre uno y cinco años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, por el delito menos grave; cumpliéndose necesariamente por el condenado, la pena de prisión y las prohibiciones de forma simultánea. Juzgamos esta interpretación

³⁷³ Según la acertada opinión de GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, R. *Terrorismo...*, op. cit., pág. 1024.

³⁷⁴ Ambos artículos han sido modificados por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

como la única posible, ya que interpretar esta opción facultativa del art. 578 <<durante el periodo de tiempo que él mismo señale>>, como la no exigencia al juez de límite temporal alguno sobre estas prohibiciones, conduciría al absurdo de que un homicidio terrorista al ser un delito grave tendría una imposición de estas prohibiciones por un tiempo, como máximo, de diez años superior al de la pena de prisión impuesta, en cambio, por este delito de humillación se podría imponer una prohibición superior a la de prisión pero sin límite alguno. Esta previsión accesoria del art. 57, sólo afectaría, en principio, al delito de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, porque en el delito de apología del terrorismo, no hay víctimas.

Por lo que se refiere al estudio de la jurisprudencia es preciso analizar distintas resoluciones que han aplicado las diferentes regulaciones que han estado vigentes en los últimos años, es decir, la anterior a la entrada en vigor del C.P. de 1995, como la Sentencia del T.C. 159/1986, de 12 de diciembre, (R.T.C. 1986\159)³⁷⁵, que resuelve sobre el recurso de amparo contra la Sentencia de 31 de diciembre de 1983 del T.S. (R.J. 1983\6765), desestimatoria del recurso de casación a la Sentencia de 13 de diciembre de 1982 de la A. N. que había condenado al director del diario “Egin” por la

³⁷⁵ Para un estudio pormenorizado de esta Sentencia, MIRA BENAVENT, J. *El caso del diario <<Egin>>: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia, tomo XL, fascículo II, Madrid, mayo-agosto de 1987, pp. 505 a 528. En este artículo afirma este profesor que: El director del periódico insertó dos comunicados de ETA, en diferentes días, autopanegrico y autoloable del comportamiento de asesinato de un doctor ingeniero de una central nuclear, pág. 505. En la pág. 510 se refiere, al planteamiento que hace el T.C. sobre el conflicto entre el interés político y social para la erradicación del terrorismo que protege la norma incriminadora de la apología y el interés a comunicar información veraz por parte de un medio de comunicación, reconocido en el art. 20 de la C.E. El T.C. afirma en la Sentencia que el conflicto de intereses entre el derecho a la información veraz se encuentra situado por encima del interés propio de la apología del delito, lo que determina que se cuestione, el profesor Mira Benavent, si esta afirmación la realiza el T.C. de forma absoluta o para el caso concreto, pág. 513. En la pág. 515, se lee que el periodista sin compartir lo que publica contribuye de forma notable a la divulgación de la apología realizada por la asociación ilícita, prestando apoyo o solidaridad moral o ideológica a los grupos terroristas que emiten comunicados defendiendo sus acciones al facilitarles el acceso a la opinión pública. Pasa a criticar, este autor, el concepto de apología del delito, que muestra Lamarca Pérez de su obra “Tratamiento jurídico del terrorismo”, donde afirma, en la pág. 291, que la apología del delito <<consiste sencillamente en manifestar públicamente en términos de elogio o exaltación, un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas>>, siendo el fundamento de su punición el que la apología, al menos la del terrorismo o la de la rebelión, acentúa las consecuencias dañosas de estas conductas delictivas, contribuyendo a <<legitimar, no ya a justificar, la acción delictiva>> y <<la estrategia de los propios grupos armados>>; por lo que para Mira Benavent, la tesis de Lamarca Pérez, convierte el juicio de antijuridicidad en algo vacío de contenido material, algo formal, que conduce a una confusión entre conductas lesivas para un bien jurídico y meras expresiones de una opinión, que por inmoral o reprobable no merecen ser castigadas, pág. 524. También RUIZ LANDÁBURU, M^a. J. Provocación y apología, op. cit., pp. 52 a 54, hace un estudio de esta sentencia.

publicación de dos comunicados de la organización terrorista ETA, como autor de dos delitos de apología del terrorismo, al señalar que:

<<El conflicto se produce entre la apología del terrorismo, tipificada como delito, y el derecho del director de un periódico a publicar unos comunicados emitidos por una organización terrorista cuyo contenido apologético no se cuestiona. Este conflicto no puede resolverse otorgando a priori un superior rango jerárquico al interés protegido por la Ley Penal frente a la libertad de información. No cabe duda de que la erradicación de la violencia terrorista encierra un interés político y social de la máxima importancia, pero ello no autoriza, sin embargo, a alterar la esencia de un Estado democrático, el cual, para su existencia y desarrollo, presupone el sometimiento de las cuestiones relevantes para la vida colectiva a la crítica o aprobación de una opinión pública libremente constituida... la lucha antiterrorista y la libertad de información no corresponden a intereses contrapuestos sino complementarios, orientados al aseguramiento del Estado democrático de Derecho... se impone distinguir dos acciones deslindables: una, la constituida por los comunicados... y otra, su reproducción en un periódico como noticia relativa a su existencia... la información controvertida consiste en la mera reproducción de los comunicados no acompañada de juicios de valor que demuestren que el periodista asume el contenido apologético... la libertad de información juega un papel esencial como garantía institucional del principio democrático>>.

La regulación anterior a la entrada en vigor del C.P. de 1995, sancionaba como apología la conducta de legitimación o justificación de actos delictivos, en este caso de terrorismo; no obstante en el asunto enjuiciado, que la elaboración de los comunicados constituya una conducta de apología porque en ellos se elogia la ideología de los terroristas y se apoyan y legitiman sus acciones delictivas, no quiere decir que su publicación en un periódico, sea ya en sí misma constitutiva de este delito, porque con la publicación no se están cumpliendo los requisitos objetivos y subjetivos del tipo, sino que simplemente se está optando por el ejercicio de la libertad de información, sin que por ello el periodista asuma el contenido del comunicado.

Por su parte, la Sentencia del T.S., de 4 de julio de 2001, (R.J. 2001/8053), que resuelve el caso aplicando la regulación sobre apología que estuvo vigente desde la entrada en vigor del C.P. de 1995 hasta la entrada en vigor de la reforma realizada por la L.O. 7/2000, de 22 de diciembre de 2000, se expresa en el sentido de entender que no cabe este delito cuando las declaraciones son simplemente ideológicas, quedando su ámbito típico para el caso de muestras de aprobación de delitos concretos:

<<El delito de apología delictiva requiere que el autor apologice bien sea hechos delictivos determinados, bien a sus responsables, presentando de esa manera a los delitos realmente cometidos como una alternativa legítima al orden penal establecido por el Estado. Dicho de otra manera: la acción apologética presenta al comportamiento desviado del autor y a los daños por éste ocasionados como un valor superior a los del orden jurídico. Consecuentemente este delito no se comete cuando las manifestaciones de aprobación no se refieren a acciones típicas, antijurídicas y amenazadas con penas concretamente ejecutadas, sino a la ideología general de personas que en los fines últimos puedan coincidir con la finalidad perseguida por ciertos delincuentes. La razón de esta limitación del contenido del tipo penal se debe llevar a cabo a través de la distinción entre la motivación ideológica y ejecución delictiva de la misma; la apología de la ideología, por lo tanto, no debe ser entendida necesariamente como una apología de la realización desviada de los fines postulados por la ideología. El delito de apología no pretende prohibir manifestaciones ideológicas, pues en tal caso sería contrario al art. 20 de la C. E..., sino la aprobación de comportamientos delictivos>>.

La configuración entonces del delito de apología venía determinada por encontrarse en la Parte General, en el art. 18, como un acto preparatorio y una forma de provocación e incitación directa a la realización de delitos; lo que nos parece más adecuado a la efectiva naturaleza de esta figura, y no como está ahora como delito autónomo, por lo que consideramos que el legislador debería plantearse la posibilidad de elaborar una reforma que devuelva su verdadero sentido a este instituto delictivo.

Aplicando la regulación vigente en la actualidad la S.T.S. 149/2007, de 26 de febrero, que resuelve el Recurso de casación nº. 11281/2006 P, caso De Juana Chaos, enumera los elementos que deben concurrir en esta figura delictiva:

<<1º. La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica.

2º. El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:

- a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577.
- b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos... no es necesario identificar a una o varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

3º. Tal acción e enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser evidentemente un periódico que se distribuye entre sus lectores, cualquiera que sea la extensión de tal distribución>>.

Para concluir afirmando que se cumplen estos tres requisitos en un artículo publicado por el procesado, aseveración que no entendemos, ya que en este artículo, lo

único que hace es expresar sus delirantes opiniones políticas y plantear un primario debate ideológico, desde el punto de vista de un “iluminado”, pero nada más, se puede estar de acuerdo o en desacuerdo, como con el resto de artículos de opinión política que se publican a diario en medios de comunicación escritos o hablados, incluso en medios digitales en la red, pero de ahí a calificarlos como constitutivos de este tipo del art. 578 del C.P., media un abismo jurídico³⁷⁶. Nos mantenemos en la idea de que no se deben tipificar ni sancionar las meras conductas de desavenencia política, por totalitarias o críticas que sean con el sistema democrático, por lo que este delito del art. 578 del C.P. únicamente se comete cuando efectivamente se ensalza el crimen o a su autor por un medio de expresión pública.

La S.A.N. 31/06, de 27 de abril, (R.J. 2006\179), condena por un delito de exaltación del terrorismo del artículo 578 del Código Penal, a un ex parlamentario de Batasuna que con ocasión de un acto para rendir homenaje a un miembro y dirigente de la organización terrorista ETA militar, muerto de forma violenta en 1978, deposita un clavel rojo junto a la fotografía del dirigente de la organización criminal ETA, resaltando las coincidencias existentes entre su propuesta con la realizada por el miembro de ETA, y concluyendo el acto homenaje con múltiples agradecimientos a los etarras que han dado la vida por Euskal Herria y con llamamientos de lucha contra el Estado Español, afirmando el tribunal sentenciador que:

<<Los actos de “enaltecimiento o justificación”, tienen que estar dotados de una publicidad de cierta calidad y capacidad de incidencia (medios de expresión pública o difusión) e inscribirse en una línea clara de concreto apoyo a acciones específicas de carácter terrorista en sentido estricto., siendo necesario distinguir entre los que son “actos” y “delitos de terrorismo” (arts. 571 a 577 CP) y los que sin ser actos de terrorismo, expresan alguna forma de apoyo o solidaridad moral con los mismos o sus autores, manifestada públicamente (“enaltecimiento o justificación”), distinción que de forma inequívoca realizó el Tribunal Constitucional, STC 199/1987, de 16 de diciembre. En consecuencia, la conducta penalizada en el mentado precepto, aun cuando su autor no esté integrado en una organización terrorista, está constituida por el contenido material de la conducta objetiva realizada por el sujeto y estar directamente relacionados con determinadas actividades del terrorismo>>.

Por su parte, el Auto del T.S. de 19 de enero de 2004, (R.J. 2004\32154), que resuelve sobre una cuestión de competencia negativa entre un Juzgado de Instrucción y

³⁷⁶ Vid el voto particular a la Sentencia del Magistrado Andrés Ibáñez.

la Audiencia Nacional, por lo que en él no se realiza un juicio definitivo, sino que simplemente elabora un juicio de valor apriorístico sobre esta materia, afirma que la colocación, en un ayuntamiento, de una pancarta alusiva a una banda terrorista, como exaltación del terrorismo, según el contexto de la Exposición de Motivos³⁷⁷ de la L.O. 7/2000, de 22 de diciembre, parece entrar de lleno en el delito de apología del terrorismo del art. 578. Afirmación que reputamos desacertada en la consideración de que parece hartamente complicado que la mera fijación de una pancarta aunque sea alusiva a una asociación terrorista pueda cumplir con todos los requisitos del tipo objetivo y subjetivo que hemos estudiado.

El Auto del T.S. de 23 de septiembre de 2003, (R.J. 2003\221807), sobre la exigencia de publicidad en el delito de apología, considera que debe concurrir cuantitativa y cualitativamente y que venga en apoyo a concretos delitos de terrorismo, prescindiendo de elaborar interpretaciones que amplíen el mismo:

<<... es cierto que entre los datos del atestado hay algunos que implican formas de adhesión o apoyo a acciones violentas. Pero, como señala el Fiscal, también en esta materia y para que pueda entrar en juego el art. 578 Código Penal, los actos de “enaltecimiento o justificación” tienen que estar dotados de una publicidad de cierta calidad y capacidad de incidencia (“medios de expresión pública o difusión”); y, por otra parte, inscribirse en una línea clara de concreto apoyo a acciones específicas de carácter terrorista en sentido estricto. Y es patente que aquí esto sólo podría afirmarse haciendo uso de una interpretación extensiva y muy abierta de las categorías legales>>.

El Auto del T.S. de 23 de mayo de 2002, (R.J. 2002\4727)³⁷⁸, que reproducimos por lo acertado de sus afirmaciones, resuelve sobre la posibilidad de enjuiciar en España unas manifestaciones realizadas fuera del territorio nacional presuntamente constitutivas de un delito de apología del terrorismo, se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de esta figura, como delito de opinión y no de terrorismo, independientemente del tratamiento sistemático o de la denominación que le dé el

³⁷⁷ El tribunal cita el texto de la Exposición de Motivos: “los poderes públicos tienen que afrontar que los comportamientos terroristas evolucionan y buscan evadir la aplicación de las normas”.

³⁷⁸ *Vid.* RUIZ LANDABURU, M^a. J. Provocación y apología..., op. cit., elabora una crítica a este Auto en las pp. 83 a 97.

legislador, prueba de ello es su capacidad lesiva distinta y que las nuevas conductas típicas podían haber quedado perfectamente fuera del C.P:

<<... la inclusión del art. 578 en el Código Penal por el legislador de 2000, suscita problemas de interpretación sistemática, que tienen que ver con la naturaleza de la nueva figura jurídica, en su relación con la de las demás a las que se encuentra ahora especialmente asociada... no es la Sala la que introduce un régimen jurídico diferenciado entre tipos penales del mismo “nomen iuris”. El régimen jurídico diferenciado es consecuencia inevitable de la heterogeneidad de las infracciones agrupadas en la misma sección a partir de la indicada reforma legal. Algo que, por cierto, no pasó desapercibido al propio legislador, cuando, ya en el texto de la exposición de motivos que se ha citado, distinguió claramente las acciones de “enaltecimiento” o “justificación”, de esa otra clase de acciones que -en su propio discurso, como en la realidad social y jurídica- son “los delitos de terrorismo”. La diferencia entre unas y otras, ciertamente notable, fue descrita con singular plasticidad por un autorizado tratadista español, ya clásico, al discernir entre “actividades criminales reales” y “actividades ideales de apología”, es decir de “alabanza de una conducta ajena en la cual no se participa materialmente” sino sólo “de forma ideal de aprobación y solidaridad”... la diversidad ontológica de las conductas (acciones terroristas/expresiones verbales de apoyo) no podía dejar de tener reflejo en la forma de denotarlas (delitos de terrorismo/apología del terrorismo)... Partir, pues, de la constatación de esa diferenciación conceptual, con tan firme raíz empírica, no es una opción arbitraria sino una necesidad, acentuada, precisamente, por la inclusión de la exaltación del terrorismo entre los “delitos de terrorismo”, de la forma en que se llevó a cabo, es decir, olvidando las previsiones del art. 23 L.O.P.J... el legislador de 2000, por operar en el plano sustantivo de la manera que acaba de ilustrarse, hizo difícil la comprensión integradora del cuerpo legal resultante, al etiquetar formalmente de “delitos de terrorismo” conductas que morfológicamente no lo son y que él mismo presentaba como material y conceptualmente no terroristas.

Lo que tiene claro reflejo en el tratamiento diferencial en tema de pena y en el mismo hecho de que los actos de nueva incriminación hubieran podido quedar impunes en la redacción original del Código Penal de 1995. Precisamente, porque -al contrario de lo que se dice en el escrito del recurso- la capacidad lesiva de unos y otros modos de obrar no es en absoluto similar sino abiertamente disímil... la Ley Penal se hace eco de un criterio cultural y doctrinal consolidado, en virtud del cual se discierne entre lo que son actos y delitos de terrorismo y los que sin pertenecer a esta categoría clasificatoria, es decir, sin ser actos de terrorismo, expresan alguna forma de apoyo o solidaridad moral con los mismos o sus autores, manifestada públicamente. Es lo que se designa como apología, y la diferencia es tan clara que mientras la primera clase de acciones se ha perseguido y se persigue siempre en todas sus posibilidades, la segunda a veces es impune y con frecuencia conoce sólo formas atenuadas de persecución. El Tribunal Constitucional (Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre [R.T.C. 1987\199], que resolvió los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la L.O. 9/1984, de 26 de diciembre..., se expresó de forma inequívoca al respecto: “La manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades”. Resulta, pues, que la apología, cuando se persigue penalmente, es un delito (de opinión) que

versa sobre otro delito distinto, o delito-objeto: el de terrorismo, con el que no puede confundirse. De no ser así, esto es, si la apología del terrorismo fuera también delito de terrorismo, tendría que ser tratada como delito la apología de la apología, lo que conduciría directamente al absurdo>>.

Y el Auto del T.S., de 14 de junio de 2002, (R.J. 2002\4744), que resuelve el recurso de súplica, interpuesto contra el Auto analizado anteriormente, de 23 de mayo de 2002, (R.J. 2002\4727), se ratifica en los mismos y acertados términos, aunque no niega la relación existente entre los delitos de apología y los de terrorismo, que de manera cierta la tiene, y de forma clara y evidente, lo que no implica cambio en la consideración de su naturaleza jurídica:

<<De ahí que tampoco sea justo decir que el auto recurrido “alimenta dudas”, pues éstas, de existir, serían previas a la actuación judicial, es decir, debidas a la intervención del legislador. Y es cometido constitucional y legal de la jurisdicción despejarlas, y hacerlo con recursos procedentes de la propia legalidad y mediante técnicas interpretativas aceptadas por la comunidad jurídica... el “enaltecimiento o la justificación” de acciones terroristas son acciones, por definición legal, de realización “ex post” y desde la falta de implicación en las primeras, es obvio que -por ineludible imperativo del principio de no contradicción- no se podrá decir del apologeta que está, a la vez, dentro y fuera del campo de aplicación del delito de terrorismo, tal y como éste debe entenderse en el marco legal de la Unión Europea, de la que España forma parte... Provocación es (sólo) la incitación directa a la perpetración de un delito. En cambio, la apología genérica es “la exposición... de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor” (art. 18.2º Código Penal). Y únicamente cuando constituya “incitación directa a cometer un delito” podrá ser tratada como efectiva provocación para delinquir. Al igual que sucede con la apología específica del art. 578 Código Penal, por imperativo de lo que dispone el art. 579... Los delitos del art. 578 Código Penal no son delitos de terrorismo, en el sentido profusamente ilustrado en esta resolución y en la recurrida, y conforme resulta del propio precepto legal que acaba de citarse... Los de apología, son, pues, delitos estrechamente relacionados con los de terrorismo, que es lo que puede explicar su inclusión en la misma sección del Código Penal, por más que este dato carezca de la eficacia transformadora en el orden conceptual y de la tipicidad, que ha querido atribuírsele>>.

Como conclusión, la doctrina científica sobre la apología, coincide en afirmar que siempre se ha tipificado como delito, como instrumento para controlar la disidencia política. La democracia requiere una opinión pública libremente formada, para que la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones sea real y efectiva, por lo que el estudio de la apología, precisa de un análisis de la relación entre el derecho a la libertad de expresión e información y sus limitaciones penales, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, en Sentencias como la 159/1986, de 12 de

diciembre, (R.T.C. 1986\159), ya analizada, y la 214/1991, de 11 de noviembre, (R.T.C. 1991\214), que resuelve el recurso de amparo 101/1990.

Para la comisión de este delito se precisa que el autor realice un discurso en defensa o alabanza de hechos delictivos concretos o de sus responsables, como una alternativa al orden penal del Estado e incluso superior al ordenamiento jurídico democrático. Por lo que no sería delictivo, cuando el autor se refiere a una ideología en general, aunque pueda ser la misma que tienen los integrantes de una asociación terrorista, es decir, este delito no prohíbe manifestar una ideología o exponer cierto grado de coincidencia con un programa político o ideológico; para que la exteriorización de una idea sea delito de apología, el sujeto debe realizar manifestaciones de alabanza, en defensa o aprobación de acciones terroristas, típicas, antijurídicas y punibles, o de sus autores. Esto parece quedar claro con la definición de apología que realiza el D.R.A.E.³⁷⁹, a saber, discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de personas o cosas. Y con la que hace el propio legislador en el art. 18 del C. P., al decir que <<es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito>>.

Y del estudio de la jurisprudencia, podemos inferir, que la acción apologética debe estar encaminada a alabar o defender a los autores de un delito ya ejecutado, o al delito en sí mismo, debiendo ser idónea para poner en peligro el bien jurídico protegido, que coincide con el delito cometido, ya que podría acarrear que otros sujetos cometan un delito. Por eso, si estamos ante una manifestación pública, de exaltación o elogio de una ideología, o frente a un apoyo ideológico o solidaridad moral con una acción delictiva, no podremos afirmar que estamos ante un delito de apología³⁸⁰. La

³⁷⁹ Diccionario de la Real..., op. cit., pág. 119.

³⁸⁰ <<Sancionar la apología concebida como mera alabanza o elogio, como defensa de ideas o doctrinas, constituiría una muestra inequívoca de autoritarismo donde el concepto de seguridad, y de seguridad del Estado fundamentalmente... se superpone al de libertad lo que no parece muy compatible con un Estado de Derecho; de resultar así estaríamos de nuevo criminalizando los meros delitos de opinión, la mera disidencia con el modelo político o social imperante>>. LAMARCA PÉREZ, C. *La reforma en...*, op. cit., pág. 8; y la misma profesora en, *Apología: un residuo de incriminación...*, op. cit., pág. 48. Del mismo modo, RUIZ LANDÁBURU, M.^a J. *Provocación y apología...*, op. cit., pág. 40, <<la apología como la alabanza de un delito es una conducta que puede lesionar un bien jurídico, el protegido por el delito

introducción de la apología como delito autónomo ha supuesto un retroceso en nuestra legislación penal, ya que el art. 18 del C.P. garantizaba que sólo los actos con idoneidad suficiente para poner en peligro el bien jurídico protegido fueran considerados como tal, al concebirla como forma de provocación o incitación directa a la comisión de un delito; por lo que de *lege ferenda* abogamos por regresar al estado anterior y sancionar como apología únicamente las acciones susceptibles de ser subsumidas en el art. 18, derogando el artículo aquí analizado.

Estimamos que la introducción de la modalidad de apología, como tipo penal abierto y contrario al principio de legalidad, consistente en la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas, no era precisa, porque ya existían figuras delictivas para castigar estos hechos como son los delitos contra la integridad moral y los de injurias, y al mismo tiempo se hubiera preservado un concepto de apología más apropiado a la dogmática jurídico-penal, es decir, no es adecuado crear un tipo delictivo para sancionar una conducta que está prevista ya como delito, máxime si con ello se lesiona el principio de igualdad, otorgando mayor protección a las víctimas del terrorismo en detrimento de las víctimas de otros delitos violentos.

IX. La provocación, la conspiración y la proposición. La inhabilitación absoluta. La atenuación para terroristas arrepentidos.

El art. 579 en el punto uno, castiga con la pena inferior en uno o dos grados, la provocación, la conspiración y la proposición³⁸¹ para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 578. El adelantamiento de la barrera penal para la mejor tutela del bien jurídico protegido, justifica su punición en conexión con la lesión o puesta en peligro del mismo, debido a su importancia, desde su carácter colectivo -el ordenamiento constitucional o la paz pública- o desde su carácter individual como -la vida humana independiente, la integridad o la libertad-, frente al ataque terrorista.

elogiado. En la medida en que esto suceda, debe ser objeto del reproche penal y, por tanto, castigada con la imposición de una pena>>.

³⁸¹ Para CAMPO MORENO, J.C. Represión penal..., op. cit., pág. 177, su naturaleza jurídica es discutida como formas de resolución manifestada, o de participación intentada o actos preparatorios punibles.

El legislador en el art. 17 del C.P. proporciona una definición de la conspiración como el supuesto en que dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo; por lo que estamos ante una preparación del delito o una coautoría anticipada³⁸², determinando que en los tipos de terrorismo, que exigen una determinada cualidad o característica en el autor, como es la pertenencia, actuación al servicio o colaboración, se deba dar también en los conspiradores, no bastando un simple cambio de impresiones o comentarios intrascendentes, sino una pluralidad de manifestaciones de voluntad coordinadas y orientadas en una misma dirección delictiva³⁸³, siendo preciso un acuerdo serio de los sujetos que realizan la conspiración terrorista para ejecutar un delito determinado y concreto. Su distinción con la asociación ilícita terrorista se fundamenta en que ésta precisa de un carácter estable o permanente, además de una estructura jerarquizada, elementos que no son necesarios en la conspiración; y con la premeditación, en que ésta tiene carácter interno y afecta a un solo sujeto individualmente considerado, lo que no sucede en la conspiración.

En el mismo artículo podemos leer que la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo. Es una invitación para cometer un delito concreto y determinado, por lo que no basta el mero consejo o el formular una idea, sino que es preciso la preparación de una futura inducción, lo que a juicio de la doctrina³⁸⁴ <<implica la resolución de un sujeto para cometer un delito, o lo que es lo mismo, para consumarlo. Resolución que exige el propósito firme y decidido de llevar a cabo una infracción punible. De tal modo que, comisión y ejecución, van al unísono, siendo la base de la comprensión de la proposición... exige una exteriorización de “invitación” la cual, ha de contener los siguientes caracteres: ser concreta, dirigida personalmente al sujeto o sujetos a quienes se invita a la ejecución y, realizarse de forma o manera convincente precisa y persuasiva>>. Su distinción, por lo tanto, con la tentativa se halla en que en ésta hay principio de ejecución y en aquella no; y con la inducción en que en ésta el inductor ha instalado en la mente del inducido la resolución delictiva y en aquella únicamente es necesario la invitación a cometer un delito, sin necesidad de que se acepte tal llamamiento o que incluso pueda ser rechazado.

³⁸² LANDECHO VELASCO, C.M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C. Derecho Penal Español, Parte General..., op. cit., pág. 432.

³⁸³ CAMPO MORENO, J.C. Represión penal..., op. cit., pág. 185.

³⁸⁴ CAMPO MORENO, J.C. Represión penal..., op. cit., pág. 189.

El art. 18 exige para la provocación que se incite directamente por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Es por lo tanto, una incitación o estimulación general y generalizada a cometer un delito, no yendo dirigida a una persona concreta³⁸⁵, pero en este caso sí a la realización de un delito determinado o concreto de terrorismo, indicando o describiendo las acciones que han de ejecutarse, requiriendo esta incitación una mayor intensidad psicológica que la proposición, como voluntad del provocador de que se ejecute el hecho al que se incita, lo que requiere dolo de que el delito se consume, no siendo posible sancionar el delito por imprudencia y ha de ser percibida por el destinatario y de posible eficacia³⁸⁶. Si realizada la provocación se ejecuta la acción delictiva como consecuencia de ella, el provocador pasará a ser un inductor del delito concreto realizado. No quedando nada claro su diferenciación con la proposición, habiendo aportado la doctrina varias soluciones pero ninguna de tipo satisfactorio. Su distinción con la apología se ha tratado en el epígrafe anterior, después de la reforma por L.O. 7/2000, de 22 de diciembre, siendo la diferencia esencial el carácter de delito autónomo de la apología como enaltecimiento o la justificación pública de los delitos de terrorismo o de sus autores, y la provocación como una incitación directa a delinquir.

Consideramos que el legislador debería haber discernido entre unos delitos u otros y no sancionar todas las formas de participación intentada, de resolución manifestada o todos los actos preparatorios punibles en relación con todos los delitos de terrorismo posibles; piénsese, por ejemplo en los llamados delitos de terrorismo individual del art. 577, o de las conductas sancionadas en el art. 578, de apología y de humillación a las víctimas del terrorismo o a sus familiares³⁸⁷, ya que al estar incluida en el art. 579 esta figura, sería típica, esperemos que no se aplique en la práctica jurisprudencial, la provocación para cometer el delito de justificación o enaltecimiento terrorista o lo que es igual, la incitación de una incitación indirecta a un delito. Podemos estar entrando, por lo tanto, en el ámbito del ataque frontal al Derecho Penal del hecho y al principio del bien jurídico.

³⁸⁵ LANDECHO VELASCO, C.M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C. Derecho Penal Español, Parte General..., op. cit., pág. 434.

³⁸⁶ CAMPO MORENO, J.C. Represión penal..., op. cit., pp. 193 y 194.

³⁸⁷ CAMPO MORENO, J.C. *El enaltecimiento o justificación...*, op. cit., pág. 1754.

En el punto dos, de este art. 579, se prevé una pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad, al número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurren en el delincuente. La regulación anterior a la reforma realizada por la Ley 7/2000, de 22 de diciembre, se hacía en las normas de la Parte General del C.P., en los arts. 54 a 57, de manera que únicamente los delitos con penas previstas en abstracto de más de diez años de prisión comportaban este tipo de penas de inhabilitación absoluta. Actualmente este presupuesto afecta como pena principal³⁸⁸ a todos los delitos de terrorismo, además de forma indeterminada en su duración por lo que el principio de taxatividad de las normas penales quedaría quebrado; y si al mismo tiempo, tenemos en cuenta que el operador jurídico debe valorar las circunstancias que concurren en el delincuente, a la hora de determinar la duración de esta pena accesoria, estamos ante el regreso del Derecho penal de autor por la peligrosidad social del reo. En todo caso, nos parece totalmente desproporcionada la pena de inhabilitación absoluta, hasta tal punto que puede acarrear efectos criminógenos; además, teniendo en cuenta que la finalidad del precepto es que el sujeto condenado por cualquier delito de terrorismo, cumpla una pena accesoria siempre superior a la de privación de libertad, para que no pueda ejercer inmediatamente cargos públicos representativos.

Por último, en el punto tres, se faculta a los Jueces y Tribunales, siempre que sea motivadamente, -previsión que sobra porque las decisiones judiciales deben ser siempre motivadas- a que rebajen la pena en uno o dos grados a la prevista para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de estas asociaciones delictivas a las que ha pertenecido o con las que ha colaborado³⁸⁹.

³⁸⁸ De esta opinión: BERNAL DEL CASTILLO, J. *Observaciones en torno...*, op. cit., pág. 1632.

³⁸⁹ Como de colaboración negativa califica esta figura, CAMPO MORENO, J.C. *Represión penal...*, op. cit., pág. 110, a pesar de ser consciente del poco, por no decir inexistente, arraigo de la terminología en la doctrina.

Enumera este precepto, como podemos comprobar, una serie de conductas que presentan una serie de rasgos que la definen³⁹⁰:

Primero.- El tratarse de comportamientos que el ordenamiento jurídico valora de forma favorable por sus consecuencias beneficiosas.

Y segundo.- El ser conductas que acontecen cuando el delito asociativo está consumado.

El llamado Derecho penal premial como institución que supone la rebaja o incluso la exención de pena para el sujeto que cometiendo un delito posteriormente colabora con la autoridad cumplimentando una serie de requisitos, se ha utilizado habitualmente contra las asociaciones delictivas, con el objetivo de luchar contra ellas para lograr su erradicación, con el consiguiente problema a la hora de lograr determinar si la declaración del arrepentido es cierta o por realizarla para obtener la ventaja punitiva, está impregnada de falsedad. La atenuación o la remisión de la pena se efectúa por lo tanto, por un comportamiento post delictivo y por parte del poder judicial. Otro problema que plantea esta figura es desde la perspectiva dogmática, ya que al ser una conducta posterior a la realización y consumación del delito, se proyecta si afecta a la antijuridicidad, a la culpabilidad o a la punibilidad. Desde una óptica de política criminal la causa de esta figura son razones prácticas o utilitarias. Se presenta como una de las principales novedades de este C.P. de 1995, el que ya no sea posible eximir la pena totalmente al terrorista considerado arrepentido como ocurría en la legislación anterior.

Los requisitos para apreciar esta atenuación de Derecho penal premial³⁹¹ son, en un primer lugar, que el sujeto haya abandonado la actividad delictiva de forma

³⁹⁰ CUERDA-ARNAU, M^a. L. Atenuación y remisión..., op. cit., pág. 257.

³⁹¹ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 320, señala la contradicción lingüística de esta denominación. COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M. Derecho Penal Español..., op. cit., pág. 1137, para los que: <<La naturaleza jurídica... debe enmarcarse dentro de la categoría del arrepentimiento activo, requiriendo su propio tenor literal, modalidades de comportamiento de carácter procesal, dentro de una lógica legislativa premial (la rebaja de las penas) que demanda a cambio "colaboración" del propio miembro (arrepentido) de la banda armada, organización o grupo terrorista con la autoridad>>. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. M. *Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas*, Cuadernos de Política Criminal, Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, n.º. 30, Madrid, 1986, pág. 581, se refiere este autor a estas atenuaciones como <<auténticas formas impropias de gracia>>. DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO,

voluntaria. El abandono, participa de un sesgo negativo, que consiste en una conducta de no hacer o de dejar de hacer algo, y de un sesgo positivo, que reside en una disociación silenciosa³⁹², lo que debe entenderse como la disociación o abandono de la asociación terrorista o de la actividad al margen de asociación alguna, suponiendo la ruptura definitiva de cualquier clase de vínculo que hubiera mantenido con la banda armada, organización o grupo terrorista, poniendo fin a las actividades delictivas³⁹³, por lo que cuando haya cometido los tipos del art. 576 de colaboración o el tipo del art. 577 conocido como terrorismo individual o no organizado, aunque el sujeto no pertenece a ninguna banda armada, organización o grupo terrorista, y lógicamente no puede abandonarla, esta atenuación de la pena se podrá aplicar no sin muchas dificultades³⁹⁴, aunque la redacción del precepto requiere que <<el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas>>, refiriéndose a las acciones propias del sujeto, pero no hay que entenderlo como las actividades de la asociación terrorista, de donde, podemos colegir que abarca la cesación definitiva de cualquier actividad efectuada por un *extraneus*, y se exigirá que el sujeto no haya participado posteriormente en la comisión de más delitos terroristas. Lo que no es posible, es aplicarla al delito de asociación ilícita terrorista, porque este tipo está previsto en el art. 515.2º, quedando tipificado por consiguiente fuera de esta sección, requisito que se exige expresamente por el legislador; por lo que si un individuo comete el delito de asociación ilícita terrorista, aunque se cumplan todos los requisitos de este art. 579.3, no será de aplicación y únicamente se podrán apreciar las circunstancias atenuantes genéricas 1ª, 4ª, 5ª y 6ª del art. 21.

J. *Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del arrepentido*, en La Ley, nº. 41132, septiembre de 1996, pág. 1., afirma que el legislador ha restringido el ámbito de aplicación de esta figura del art. 579.3, al ubicarla, con buen criterio sistemático, dentro de los delitos de terrorismo.

³⁹² GARCÍA SAN PEDRO, J. *Atenuación, remisión de penas y libertad condicional*, en La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión, Comentarios a la Legislación Penal, Revista de Derecho Público, Tomo XI, Edersa, Madrid, 1990, pág. 58.

³⁹³ CUERDA-ARNAU, Mª. L. *Atenuación y remisión...*, op. cit., pág. 404.

³⁹⁴ Para Muñoz Conde, la exigencia del art. 579.3 de colaboración activa, dificulta la aplicación de la atenuación para los sujetos que cometen los delitos del art. 577, ya que para poder colaborar de forma activa con las autoridades el sujeto se debería encontrar relacionado de alguna forma con una asociación terrorista, MUÑOZ CONDE, M. *Derecho Penal, Parte Especial...*, op. cit., pág. 785. Pero creemos que, como estos tres últimos requisitos no son acumulativos, sino alternativos, es posible que el sujeto que actúa al margen de una asociación terrorista, abandone voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en los que haya participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, cosa que puede hacer estando al margen de toda asociación terrorista, ya que puede colaborar impidiendo otros delitos de terrorismo individual o facilitando datos para poder identificar o capturar a otros responsables, no de la asociación ilícita, sino de acciones de terrorismo individual. Lo que desde luego parece claro es que no se puede extender a otra conducta imaginable de colaboración del sujeto.

El abandono de la actividad delictiva ha de ser voluntario, es decir, de forma libre y sin amenazas, ni coacciones³⁹⁵, y no es necesario que el sujeto abandone o reniegue de su ideología³⁹⁶, no teniendo que ser estos motivos éticamente valiosos³⁹⁷, presentándose en realidad como irrelevantes³⁹⁸, aunque lo normal será que “el arrepentido” actúe por móviles de traición a sus antiguos compañeros de la asociación terrorista o que lo haga simplemente por la recompensa o provecho de rebaja de la pena.

En ningún sitio se le pide al sujeto que manifieste una conducta que demuestre que ha abandonado la asociación delictiva, ni que exprese públicamente que se desdice o abjura de su ideología, ni que rechace la violencia como forma de lucha política. Tampoco reputamos que sea necesario que el sujeto entregue las armas o explosivos que posea³⁹⁹, otra cosa es que sea un signo inequívoco de la voluntad de abandono. Todo ello le planteará al sujeto la dificultad de la prueba de que lo que dice es cierto, que ha abandonado la actividad armada, pero en el sentido en que no es necesario que pruebe nada de lo que asegura, y si no aparecen pruebas de lo contrario, es decir que sigue con su actividad delictiva, se deberá entender cumplido el requisito de abandono voluntario de sus actividades delictivas⁴⁰⁰.

³⁹⁵ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pp. 335 y 336, entrando en juego la atenuación incluso en caso de expulsión de la banda terrorista., porque lo importante es que el sujeto decida abandonar libre y definitivamente todo género de actividad terrorista.

³⁹⁶ VERCHER NOGUERA, A. Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco (Legislación y medidas), P.P.U., Barcelona, 1991, pp. 336 y 367, el mismo autor en *Terrorismo y reinserción social en España*, en La Ley, n.º 2, 1994, pp. 972 y 973, y también *Terrorismo y reinserción social. Nuevas perspectivas*, en La Ley, Madrid, febrero de 1996, pp. 5 a 8. En este sentido PÉREZ CEPEDA, A. *Reinserción en materia de terrorismo*, en Cuadernos Jurídicos, n.º. 31, junio de 1995, pág. 26.

³⁹⁷ CUERDA-ARNAU, M^a. L. Atenuación y remisión..., op. cit., pág. 412.

³⁹⁸ CAMPO MORENO, J.C. Represión penal..., op. cit., pág. 136: <<Voluntariedad en el sentido de facultativo y libre, siendo indiferente los fundamentos, que pueden ser de la más variada índole. Así pueden citarse como motivaciones, el cambio o pérdida de ideología, el convencimiento de la pérdida de la “guerra”, la aceptación del sistema político y optar por la lucha en el terreno político y democrático, etc. Legando a estimarse válido, incluso, el simple deseo de obtener un tratamiento penológico más ventajoso>>.

³⁹⁹ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 334. Para esta profesora, la entrega de las armas y de los efectos del delito es un requisito unido a que el abandono sea real y definitivo, para demostrar que se ha abandonado la actividad terrorista de manera sincera e inequívoca.

⁴⁰⁰ Una prueba definitiva del abandono de sus actividades delictivas, es la presentación ante las autoridades confesando los hechos en los que ha participado. A este respecto, LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 335. CAMPO MORENO, J.C. Represión penal..., op. cit., pp. 137 y 138, exige todos los requisitos <<el abandono se estimará producido tras la constatación del resto de los comportamientos que se le exigen al sujeto. Así, se puede reputar que ha abandonado su pertenencia o colaboración con una banda armada aquél que ha confesado los hechos en los que participó y además, colaboró activamente para impedir la producción de nuevos delitos o para obtener pruebas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de la organización terrorista>>.

El otro requisito acumulativo o copulativo es la presentación a la autoridad⁴⁰¹ confesando los hechos en los que se haya participado, que debe verificarse de forma voluntaria porque si se produce como consecuencia de la detención del sujeto, sería difícil poder aplicarle la atenuante en estudio, ya que el tipo dice expresamente <<cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en los que haya participado>>, de lo que se infiere que dicha presentación y confesión ante las autoridades debe ser anterior a la detención⁴⁰², porque sino no hay presentación posible, lo que hay es puesta a disposición de las autoridades, aunque se puede realizar esta presentación y confesión, una vez conocida por el sujeto la apertura de un procedimiento judicial⁴⁰³.

El sujeto podrá presentarse a la autoridad personalmente o a través de un tercero, por ejemplo su letrado, con poder suficiente para que lo represente⁴⁰⁴, pero es *conditio sine qua non* que posteriormente el sujeto comparezca voluntariamente para cumplir con el requisito de realizar la confesión, que habrá de realizarse de forma sincera, completa y veraz, tanto cualitativa como cuantitativamente⁴⁰⁵, no siendo posible entender cumplido este requisito de la confesión si se realiza tergiversando los hechos y las valoraciones subjetivas en provecho propio o de un tercero, aunque la misma se realizará sobre hechos en los que el sujeto haya tenido participación; no exigiéndose para poder eximir su responsabilidad penal⁴⁰⁶ que informe de otros hechos de los que

⁴⁰¹ Autoridad que podrá ser Judicial, Ministerio Fiscal o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no siendo necesario que se encuentre en el desempeño o ejercicio de sus funciones, siendo válida incluso ante la víctima, CAMPO MORENO, J.C. Represión penal..., op. cit., pág. 139; CUERDA-ARNAU, M^a. L. Atenuación y remisión..., op. cit., pág. 431; y GARCÍA SAN PEDRO, J. *Atenuación, remisión de penas...*, op. cit., pág. 61.

⁴⁰² CAMPO MORENO, J.C. Represión penal..., op. cit., pág. 145, relaja este requisito de la temporalidad, porque lo que persigue el legislador es <<la debilidad de la banda armada y ello se consigue esté o no detenido el terrorista. Esta interpretación está en línea de amplitud con que el legislador trata la tradicional atenuante de arrepentimiento espontáneo>>. LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 335, es aplicable la atenuación incluso si el sujeto teme su inminente detención. También DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. *Atenuación, remisión...*, op. cit., pág. 570.

⁴⁰³ CUERDA-ARNAU, M^a. L. Atenuación y remisión..., op. cit., pág. 426, opina que en caso de conductas de colaboración, <<el hecho de que el sujeto esté detenido o, incluso, en prisión provisional no representa obstáculo de ningún tipo>>.

⁴⁰⁴ Cuerda-Arnau, mantiene la posición contraria y cree que el sujeto no puede valerse de un intermediario y por lo tanto debe presentarse personalmente ante las autoridades. CUERDA-ARNAU, M. L. *Atenuación y remisión...*, op. cit., pág. 430. CAMPO MORENO, J.C. Represión penal..., op. cit., pág. 142, entiende que sólo es posible esta opción si concurre la imposibilidad del sujeto para realizarla por sí mismo.

⁴⁰⁵ GARCÍA SAN PEDRO, J. *Atenuación, remisión de penas...*, op. cit., pág. 59. LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 336.

⁴⁰⁶ CAMPO MORENO, J.C. Represión penal..., op. cit., pág. 140.

tenga conocimiento, pero en los que no hubiere tomado parte⁴⁰⁷, no siendo necesario que se faciliten datos de terceros⁴⁰⁸, sin embargo, nada obsta a que pueda así hacerse, si bien, apreciamos que deben de ser datos sobre circunstancias y hechos en los que se haya participado o que se hayan presenciado directamente para poder determinar responsabilidades codelictuales y organizativas.

En todo caso, la confesión es preciso interpretarla en sentido restrictivo, ya que como afirma Castro Moreno⁴⁰⁹, <<tal término, implica una declaración voluntaria y consciente por parte del sujeto... sin que se pueda tildar como “confesión”, el hecho de revelar, “sin querer” o “sin darse cuenta”, datos que le pueden hacer responsable de la infracción>>, y debe versar sobre los hechos que se le imputan al sujeto, no sobre cualquiera de ellos en los que hubiere participado, de los que no tuviere conocimiento la autoridad, ya que de ser así, el sujeto estaría renunciando a los derechos fundamentales, consagrados en el art. 24.2 de nuestro texto constitucional, a no declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable⁴¹⁰, e incluso a la presunción de inocencia, lo que obliga a que la confesión se supedite a la obtención de más pruebas que verifiquen que efectivamente así sucedieron los hechos objeto de confesión⁴¹¹. Todo esto puede producir distorsiones en el funcionamiento correcto de la Administración de Justicia, en la medida en que el sujeto puede confesar hechos en los que no ha participado para asegurarse la atenuación en las penas o que omita determinados hechos⁴¹², aunque irrelevantes, que le imputan.

En segundo lugar, unidos a estos dos requisitos llamémosles generales e imprescindibles, se deben de dar otros tres requisitos, pero no de forma acumulativa,

⁴⁰⁷ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 337.

⁴⁰⁸ ARROYO ZAPATERO, L. *La reforma de los delitos...*, op. cit., pág. 380. CUERDA ARNAU, M. ^a L. *Atenuación y remisión...*, op. cit., pp. 434 a 436. Para estos profesores, no es necesario que el sujeto aporte circunstancias o datos de otros partícipes en el delito o de la estructura de la asociación delictiva, siendo suficiente con la aportación de hechos y datos individuales, es decir sobre uno mismo. Creemos que si la confesión es sincera y completa, se facilitarán a menudo datos y hechos de la asociación terrorista y de copartícipes o codeincentes.

⁴⁰⁹ CASTRO MORENO, A. El error sobre las circunstancias atenuantes. (El error sobre las circunstancias atenuantes genéricas modificativas de la responsabilidad y sobre los elementos accidentales de los tipos privilegiados), Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pág. 31, y añade en la página siguiente que: <<No es necesario que el sujeto obre por ningún impulso subjetivo determinado, pero sí que sea consciente de lo que hace>>.

⁴¹⁰ CUERDA ARNAU, M. ^a L. *Atenuación y remisión...*, op. cit., pp. 437 y ss.

⁴¹¹ CARBONELL MATEU, J.C. *Terrorismo...*, op. cit., pág. 808, mantiene que no se debe condenar a un sujeto en base a una declaración en exclusiva para obtener una rebaja notable en la pena.

⁴¹² ARROYO ZAPATERO, L. *La reforma de los delitos...*, op. cit., pág. 422. CUERDA ARNAU, M. ^a L. *Atenuación y remisión...*, op. cit., pp. 438 a 475.

sino alternativa o disyuntiva, cuando se verifique cualquiera de ellos, y sólo ellos, no siendo pertinente que se puedan extender a otras formas de colaboración que no sean éstas; en este caso será posible la aplicación de la atenuación de las penas en uno o dos grados a las previstas en los tipos de terrorismo de forma potestativa por parte del Juez o Tribunal.

El primero de ellos es la colaboración⁴¹³ activa con la autoridad para impedir la producción del delito, que debe ser realizada mediante una conducta de comisión y no de omisión, que sea válida para que no se produzca el hecho delictivo, que puede ser cualquiera de los previstos en los arts. 571 y ss., pero no respecto al de asociación ilícita, por lo asegurado anteriormente. No es necesario, para poder aplicar la atenuante, que se haya producido la evitación del delito, porque en ningún sitio dice el precepto que sea necesario que no se produzca resultado alguno, ya que lo que indica es <<para impedir la producción del delito>>, no que éste efectivamente se impida⁴¹⁴, esto supone para Cuerda-Arnau⁴¹⁵ que tienen cabida es esta circunstancia las conductas que acaecen antes de la consumación. Esto puede plantear una paradoja, porque si el sujeto que ha colaborado con la autoridad, ha evitado la producción del delito que iba a cometer él mismo, no tendremos delito para poder atenuar la pena, porque nunca ha llegado a producirse; en todo caso, estaríamos en supuestos de tentativa y de desistimiento del art. 16 del C.P., no entrando entonces en juego la atenuante de colaboración. Entendemos que esta figura se aplicará normalmente a casos en los que el sujeto tiene conocimiento de acciones terroristas, pero él no participa en ellas directamente, sin olvidar que deben de tener cierta entidad desde la óptica penal⁴¹⁶.

La otra conducta es la prestación de ayuda eficaz⁴¹⁷ en la obtención de pruebas⁴¹⁸ decisivas⁴¹⁹, en la que el sujeto deberá coadyuvar⁴²⁰ para recabarlas, y

⁴¹³ COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M. Derecho Penal Español..., op. cit., pág. 1138, para los que la colaboración ha de ser de <<relevancia procesal decisiva, no sólo testimonial, en orden a la identificación y captura de otros responsables>>.

⁴¹⁴ CAMPO MORENO, J.C. Represión penal..., op. cit., pág. 146, interpreta este requisito como que <<lo que ha de evitarse o, al menos colaborar activamente para ello, es una situación de peligro dada, un delito concreto. Peligro como probabilidad de un mal, como eventual transgresión de un bien jurídico. De tal modo que, no basta con que el abandono mismo elimine o disminuya potencialmente la posibilidad de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino que es preciso que con la participación activa del colaborador se trate de impedir la producción de un delito>>.

⁴¹⁵ CUERDA ARNAU, M.ª L. *Atenuación y remisión...*, op. cit., pág. 457.

⁴¹⁶ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pp. 340 y 341.

⁴¹⁷ CUERDA-ARNAU, Mª. L. *El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de la lucha contra el terrorismo en momento de crisis interna*, en

tendrán que ser de entidad suficiente para poder mantener la acusación por los delitos de terrorismo⁴²¹; bien para la identificación o para la captura de otros responsables⁴²², entendiendo por estos, a otros delincuentes que hayan realizado el delito con el sujeto u otros responsables de la asociación terrorista, pudiendo consistir la colaboración: en la aportación de datos para la identificación de estos responsables cuando no se sepa quiénes son; en la aportación de nombres de responsables, en el supuesto en que se conozca su identidad; en facilitar referencias para ratificar meros indicios para lograr su detención o captura⁴²³; o incluso, si ya han sido imputados, procesados o condenados, en facilitar o añadir nuevas reseñas sobre ellos. Debiendo ser esta colaboración eficaz en la obtención de pruebas decisivas para identificar a los culpables o para su captura, tanto en la fase de investigación o de instrucción, como en el plenario o juicio oral⁴²⁴. Esta es la modalidad que más críticas ha recibido de todas, además de plantear un problema en torno al principio de presunción de inocencia de los delatados y del valor probatorio de estas declaraciones del delator⁴²⁵.

Terrorismo y proceso penal acusatorio, VV. AA., Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pág. 150, es muy crítica con este requisito, ya que <<la hipótesis del terrorista que se aviene a declarar formal y expresamente su repudio de la violencia y, al mismo tiempo, está en condiciones de prestar ayuda eficaz es sólo eso: una hipótesis>>.

⁴¹⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *-Asociaciones ilícitas y terroristas...*, op. cit., pág. 166, y CUERDA ARNAU, M. ^a L. *Atenuación y remisión...*, op. cit., pp. 462 a 463, interpretan el término “pruebas” no en su acepción procesal, sino vulgar o usual.

⁴¹⁹ HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R. *De los delitos de terrorismo...*, op., cit., pág. 4907, este <<requisito condicionante integra varios elementos normativos o “conceptos jurídicos indeterminados”, así las expresiones “eficazmente” referida a la colaboración y “decisivas” con relación a las pruebas>>. CUERDA ARNAU, M. ^a L. *Atenuación y remisión...*, op. cit., pág. 463: <<Por “decisivo” se entiende en el uso común del lenguaje lo que decide o resuelve, esto es, lo que conduce a formar un juicio definitivo sobre algo o a tomar una determinación>>. LAMARCA PÉREZ, C. *Tratamiento jurídico...*, op. cit., pág. 341, para la que: << “Pruebas decisivas” son aquellas que permiten fundar una acusación por cualquiera de los delitos>> de esta sección, no siendo necesaria la efectiva detención de estos responsables.

⁴²⁰ Coadyuvar a la obtención de pruebas, entendida como la aportación activa y eficaz, para completar y convertir en definitivas las que se posean o puedan adquirirse posteriormente, GARCÍA SAN PEDRO, J. *Atenuación, remisión de penas...*, op. cit., pág. 61. CUERDA ARNAU, M. ^a L. *Atenuación y remisión...*, op. cit., pág. 460, para la que el término “coadyuve” hay que entenderlo como que coopere con quien corresponda a que los resultados se produzcan o que la conducta los posibilite.

⁴²¹ Esta es la interpretación de “decisivas” que hace la doctrina, por ejemplo, LAMARCA PÉREZ, C. *Tratamiento jurídico...*, op. cit., pág. 341; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Asociaciones ilícitas...*, op. cit., pág. 166; CUERDA ARNAU, M. ^a L. *Atenuación y remisión...*, op. cit., pág. 463.

⁴²² CUERDA ARNAU, M. ^a L. *Atenuación y remisión...*, op. cit., pág. 461, “identificación” y “captura” dirigidas a la incriminación de otros individuos. Estamos, como ha dicho CAMPO MORENO, J.C. *Represión penal...*, op. cit., pág. 147, ante el más puro premio a la delación.

⁴²³ CUERDA ARNAU, M. ^a L. *Atenuación y remisión...*, op. cit., pág. 463. Realiza una interpretación extensiva de los conceptos captura e identificación.

⁴²⁴ CAMPO MORENO, J.C. *Represión penal...*, op. cit., pp. 147 y 148.

⁴²⁵ Toda esta materia la ha tratado de forma extensa y exhaustiva CUERDA-ARNAU, M^a. L. *Atenuación y remisión...*, op. cit., pág. 599 y ss., y en *El premio por el abandono...*, op. cit., pp. 160 a 164.

O bien, como última conducta, la ayuda para impedir la actuación o el desarrollo de la asociación terrorista a la que ha pertenecido el sujeto o con la que ha colaborado⁴²⁶; asimilando el legislador la figura del arrepentido con la del delator, ya que sólo exige que se informe para conseguir el objetivo deseado. Para Lamarca Pérez⁴²⁷ en este caso podríamos incluir <<todas aquellas formas de colaboración con las autoridades que consisten en suministrar informes sobre la estructura, medios, planes y lugares de organización terrorista, pero sin que ello logre evitar un delito concreto de la banda ni identificar a ningún responsable>>. La doctrina ha puesto como ejemplos de estas conductas⁴²⁸ <<la localización de un depósito de municiones, de un zulo, de buzones, desvelar listas de extorsionados, aportar datos de relevancia para el esclarecimiento de diversos hechos criminales y neutralizar a los miembros operativos de la banda armada; ofrecer datos de las distintas acciones perpetradas por determinados comandos con mención expresa de sus participantes y circunstancias; impedir el acogimiento de nuevos miembros a la banda armada>>.

Esta forma de conformar la figura del arrepentido plantea fundamentalmente tres problemas: el primero.- es que el trato es discriminatorio hacia los diferentes terroristas, pudiendo lesionar el principio de igualdad, en la medida en que los sujetos que tengan mayor grado de información dentro de la asociación terrorista, podrán disfrutar con mayor certeza de la posibilidad de beneficiarse de la atenuación, logrando así la norma, que se beneficien en mayor medida los miembros más importantes, que ostentan un mayor grado jerárquico en la organización, poseyendo normalmente mayor información y siendo a la vez más responsables de los delitos, por lo que se produce una consecuencia contraria a la más elemental justicia material⁴²⁹; el segundo.- es que provoca que las asociaciones terroristas se estructuren y organicen en grupos estancos,

⁴²⁶ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 322. Para esta profesora lo que el legislador quiere, es que el sujeto facilite informes sobre la estructura, medios, planes y lugares de organización terrorista, pero sin que ello logre identificar a ningún responsable. En parecido sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. *Atenuación, remisión...*, op. cit., pág. 578.

⁴²⁷ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 345. Igualmente: DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. *Atenuación, remisión...*, op. cit., pág. 574 y GARCÍA SAN PEDRO, J. *Atenuación, remisión de penas...*, op. cit., pág. 65.

⁴²⁸ CAMPO MORENO, J.C. Represión penal..., op. cit., pág. 150.

⁴²⁹ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo (una crítica con motivo del Proyecto de la Ley Orgánica presentado por el Gobierno socialista en el congreso el 30 de noviembre de 1983)*, Centro Universitario de Toledo, 1984, pp. 45 y ss.

células cada vez más complejas y eficaces que hacen más difícil su desarticulación⁴³⁰; y el tercero.- es que el *extraneus*, como el colaborador del art. 576 y el terrorista individual del art. 577, tendrán serias dificultades para beneficiarse de esta atenuación de la pena por este art. 579, y tendrán que hacerlo mediante el arrepentimiento y reparación del art. 21.4º y 5º, que permiten la imposición de la pena inferior en uno o dos grados, cuando, razonado en sentencia, concurra una de estas circunstancias muy cualificada o ambas; a no ser que se diese el hipotético caso que el terrorista individual actuase conjuntamente con dos o tres terroristas también individuales, pero a los que no pudiese técnicamente calificarlos como banda armada, organización o grupo terrorista, y facilitase pruebas decisivas para su identificación o captura. Si entendemos que es espinoso o incluso que no es posible que el colaborador y el terrorista individual puedan acceder a la atenuación de este art. 579, estamos pues corroborando que este artículo se opone frontalmente al principio de igualdad.

Si un sujeto abandona voluntariamente la actividad delictiva terrorista, y se presenta a las autoridades confesando los hechos en los que ha participado, pero no realiza las conductas de colaboración activa para impedir la producción del delito, ni coadyuva eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que ha pertenecido o con los que ha colaborado, no podrá serle aplicado este precepto, según la doctrina científica y nuestra jurisprudencia⁴³¹. Produciéndose una paradoja según está regulado este instituto premial y las circunstancias atenuantes genéricas de la Parte Especial del C.P, como ha destapado la doctrina, y es que: <<De no existir el art. 579.3, si el sujeto confiesa a la autoridad el delito cometido, se beneficiaría de la atenuante 4ª del art. 21. Si además realiza alguno de los comportamientos de la circunstancia 5ª, se beneficiaría de dos circunstancias atenuantes, que en base a la regla 2ª del art. 66 el Juez o Tribunal podría rebajar la pena en uno o dos grados. Con el juego de las atenuantes indicadas se puede obtener los mismos beneficios que con el art. 579 y aún con menor colaboración con la

⁴³⁰ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 322. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. *Atenuación, remisión...*, op. cit., pág. 580, para el primer problema, y CARBONELL MATEU, J. C. *Terrorismo...*, op. cit., pág. 809, para el segundo problema.

⁴³¹ MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial..., op. cit., pág. 785. S.T.S. de 11 de octubre de 1990, (R.J. 1990\7956). La S.T.S. 1186/1995, de 23 de noviembre, (R.J. 1995\8780), aplica una atenuante analógica de arrepentimiento espontáneo pero no muy cualificada; en cambio, la S.T.S. 1071/1996, de 20 de diciembre, (R.J. 1996\9033), si la apreció como muy cualificada.

Justicia. No obstante, una vez rebajada la pena en uno o dos grados, según dispone el referido artículo, en algunos casos será posible estimar la atenuante 5ª del art. 21, de modo que según la regla 1ª del art. 66 tendría que aplicarse la pena en su mitad inferior>>⁴³².

Para fundamentar este precepto desde criterios de buena dogmática jurídico-penal, tendremos que acudir a la punibilidad, y entender este beneficio de rebaja de la pena como una circunstancia especial de atenuación, como una excusa absolutoria parcial o como una semiexcusa absolutoria⁴³³, ya que los comportamientos realizados con posterioridad al delito no afectan, a la antijuridicidad ni a la culpabilidad, que han quedado fijadas en la consumación del hecho típico, como dice Campo Moreno⁴³⁴ <<la culpabilidad es culpabilidad por el hecho aislado, y el concepto de autor queda constreñido al sujeto en el momento en que delinque. De tal modo que, apareciendo el arrepentimiento-colaboración, con posterioridad al delito, la atenuación no puede encontrar su origen en ese hecho criminal, que es previo, ni en su autor, debiendo buscarse su fundamento en razones de política criminal, es decir, de pura utilidad. La pena se atenúa, ya por los menores efectos del delito o porque se colabora con la justicia confesando el hecho criminal previamente cometido>>; por lo que para De la Cuesta Arzamendi⁴³⁵ estamos ante auténticas formas impropias de gracia, legitimadas por vía judicial, lo que ha llevado a la doctrina a afirmar que es un auténtico premio a la delación⁴³⁶.

⁴³² SERRANO GÓMEZ, A. Derecho Penal..., op. cit., pág. 1044.

⁴³³ CUERDA-ARNAU, Mª. L. Atenuación y remisión..., op. cit., pp. 281, 282 y 286, siempre bajo el concepto de punibilidad que defiende esta autora.

⁴³⁴ CAMPO MORENO, J. C. Represión penal..., op. cit., pág. 112. CUERDA-ARNAU, Mª. L. Atenuación y remisión..., op. cit., pp. 261 a 263, mantiene que afectarán o no a la antijuridicidad y a la culpabilidad según el concepto jurídico de las mismas que se tenga, en todo caso, <<no podrá admitirse que la antijuridicidad resulte modificada directamente, y ni siquiera de un modo indiciario, por comportamientos que tienen lugar una vez que la lesión o el peligro ya se han verificado... Un planteamiento similar cabría hacer en relación con la posibilidad de que las conductas que examinamos pudieran afectar a la culpabilidad... no cabe admitir que ésta resulte modificada por conductas que acontecen una vez que está íntegramente realizado el tipo de injusto... Si el Derecho penal es Derecho penal del hecho, entonces la culpabilidad ha de entenderse también como “culpabilidad por el hecho aislado”>>.

⁴³⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. *Atenuación, remisión...*, op. cit., pág. 581.

⁴³⁶ GARCÍA RIVAS, N. Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político, en Poder Judicial, n.º. 10, marzo de 1984, pág. 112. BUENO ARÚS, F. Principios generales..., op. cit., pág. 143. ARROYO ZAPATERO, L. Terrorismo..., op. cit., pág. 181. En contra, CUERDA-ARNAU, Mª. L. Atenuación y remisión..., op. cit., pág. 589.

El tenor literal del precepto permite una amplia discrecionalidad a los Jueces o Tribunales en la aplicación de la atenuación de la pena, con su rebaja en uno o dos grados, de forma facultativa, lo que provoca según Lamarca Pérez⁴³⁷, que <<la atenuación de la pena por los delitos confesados será mayor cuanto mayor sea el grado de colaboración que preste el sujeto arrepentido lo que deberá ser valorado y motivado en la decisión judicial>>. Realiza esta profesora una crítica⁴³⁸ de la atenuación de la pena a los terroristas arrepentidos, en la que se deja en evidencia al legislador por su posición en el tratamiento jurídico de los delitos de terrorismo, por su confesión implícita de la ineficacia de los instrumentos tradicionales del Derecho Penal para hacer frente al terrorismo al parecerle insuficientes las penas para los delitos comunes por lo que cree necesario su agravación, pero a la vez entiende, que las causas de atenuación de la Parte General del Código Penal tampoco son suficientes, por lo que introduce una notable rebaja en las penas a cambio de la colaboración del terrorista con las autoridades. Critica igualmente, la figura de la delación, debido a que el Derecho premia una conducta moralmente reprochable y que sólo beneficia a quien tiene mayor información y mayor grado de responsabilidad en la organización, es decir mayor grado de responsabilidad penal. Procesalmente la medida introduce el principio *confessio regina probationis*. Aparte de introducir elementos de distorsión en el conjunto del sistema punitivo, lesionando los principios de seguridad jurídica, porque la respuesta penal dependerá del hecho posterior⁴³⁹, el arrepentimiento, y no del hecho delictivo realizado; y de igualdad porque la medida no se aplica a todos los sujetos; desequilibrando la tradicional relación entre la conducta delictiva y la respuesta penal, valorando en exceso un elemento que no debería de alterar el principio de responsabilidad por los hechos. Incluso afectando a la fiabilidad de las confesiones, preparadas o amañadas por el sujeto que realiza la confesión para introducir datos falsos y poder fundamentar así las circunstancias que atenuarán la pena. Las consecuencias de esta rebaja en la pena no quedan circunscritas al delito por el que el sujeto se encuentra procesado, sino que extiende sus efectos a todos los realizados en relación con la

⁴³⁷ LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos contra...*, op. cit., pág. 718 y en *Tratamiento jurídico...*, op. cit., pp. 321 y 342; de la misma opinión es CUERDA-ARNAU, M^a. L. *Atenuación y remisión...*, op. cit., pág. 512, además, los Jueces y Tribunales, deberán tener en cuenta el fundamento y finalidad de la norma, pág. 513.

⁴³⁸ LAMARCA PÉREZ, C. *Tratamiento jurídico...*, op. cit., pp. 346 a 349.

⁴³⁹ Se está distorsionando el binomio delito-pena, en la medida en que la conducta posterior al delito es esencial para concretar la responsabilidad criminal. LAMARCA PÉREZ, C. *Tratamiento jurídico...*, op. cit., pp. 321 y 349.

asociación terrorista⁴⁴⁰; la atenuación de la pena, por lo tanto, es para los delitos por los cuales está procesado o en los que ha participado y no para los delitos en los que presta su colaboración con la administración de justicia.

Las principales críticas que ha elaborado la doctrina a este precepto⁴⁴¹, giran en torno a la utilización, por el legislador, de conceptos valorativos e indeterminados, la credibilidad privilegiada que se otorga a las declaraciones de los arrepentidos como inversión de la carga de la prueba para el delatado, la relevancia del papel procesal trasladando al juez decisiones políticas, la transgresión del principio de igualdad⁴⁴² y de proporcionalidad de la pena, en la certeza de que el terrorista que posea mayor información podrá beneficiarse en mayor medida de este instituto premial que rebaja la pena en uno o dos grados, como si se apreciase dos o más circunstancias atenuantes o una o varias muy cualificadas, y la que es más importante la consecuencia perniciosa que ha supuesto esta figura premial: la <<deslegitimación del Derecho Penal>>⁴⁴³.

Con la reforma del C.P. por L.O. 7/2003, de 30 de junio, se introdujo una novedad en el instituto de la libertad condicional, regulado en los arts. 90 a 93; en concreto el art. 90.1, en el segundo párrafo de su apartado primero establece que: <<... en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la Sección 2ª del Capítulo V del Título XXII del Libro II de este Código, o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los

⁴⁴⁰ La razón de esta atenuación de la pena es el utilitarismo, no hay ninguna razón de tipo ético o de justicia. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Delitos cometidos por particulares...*, op. cit., pág. 364.

⁴⁴¹ BLANCO CORDERO, I., *Terrorismo internacional...*, op. cit., pág. 227, realiza una síntesis de estas <<críticas tradicionales a estas instituciones premiales... aluden al rechazo que suscita premiar la delación, y a los problemas procesales ligados al valor testifical de la persona que es imputada, o las posibles declaraciones interesadas de imputación a terceros coimputados. Asimismo, desde un punto de vista político-criminal se apunta a las posibles situaciones de desigualdad que puede generar esta institución, dado que tienen mayores oportunidades de acogerse a este beneficio aquellos que ostenten una mayor responsabilidad en la organización, en detrimento de quienes carecen de tal responsabilidad, en la medida en que estos no podrán aportar informaciones importantes>>. También MESTRE DELGADO, E. *Delincuencia terrorista...*, op. cit., pág. 230. CAMPO MORENO, J.C. *Represión penal...*, op. cit., pág. 151. Excepción de GARCÍA VALDÉS, C. *La legislación antiterrorista...*, op. cit., pág. 328.

⁴⁴² VERCHER NOGUERA, A. *Antiterrorismo...*, op. cit., pág. 368; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. M. *Atenuación...*, op. cit., pp. 579 y 580; y ARROYO ZAPATERO, L. *Terrorismo...*, op. cit., pág. 182. En sentido contrario, es decir, entiende que este precepto es inobjetable desde el punto de vista del principio de igualdad: CUERDA-ARNAU, Mª. L. *Atenuación y remisión...*, op. cit., pág. 573.

⁴⁴³ LAMARCA PÉREZ, C. *Tratamiento jurídico...*, op. cit., pág. 349. Para BOBILLO, F. J. *Constitución...*, op. cit., pág. 68, supone además que <<la consideración ética y criminológica de la delación, no constituyen la base mejor para la extensión e implantación de los valores superiores en que la Constitución se inspira>>.

medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades>>, con una redacción casi calcada -son prácticamente los mismos requisitos en ambos- de la figura en estudio de atenuación para terroristas arrepentidos. La única diferencia es la novedosa acreditación, que tiene todos los visos de estar pensada de cara a un cierto sector de la opinión pública, del cumplimiento de los requisitos, a través de una declaración expresa de repudio y de abandono de la violencia, con petición expresa de perdón a las víctimas y un informe técnico -no se dice por qué técnicos- de desvinculación de la organización terrorista, de su entorno y de las actividades de asociaciones y colectivos que la rodean, así como de la colaboración con las autoridades.

El legislador ha vuelto a optar por este sistema con los numerosos problemas que plantea, a los que nos hemos referido anteriormente, por la discriminación entre diferentes terroristas, lesionando incluso el principio de igualdad, porque el colaborador y el terrorista individual van a tener dificultades para beneficiarse de la libertad condicional, frente al terrorista que actúa en el seno de una asociación ilícita, porque sólo podrán justificar el cumplimiento de este nuevo requisito si colaboran activamente con las autoridades para atenuar los efectos de su delito, acreditándolo con la declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito; requisitos que podrían cumplir, pero desde luego, no el de los informes técnicos de desvinculación de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean, ya que como es obvio no pertenecen a ninguna de estas organizaciones, asociaciones o colectivos, y puede que ni siquiera hayan formado parte

de su entorno o actividades. El legislador, otra vez más, quiere premiar una conducta moralmente reprobable como es la delación, introduciendo, como hemos dicho, el principio *confessio regina probationis*.

El fundamento de la atenuación del art. 579.3 y de los requisitos para la obtención de la libertad condicional por los sujetos que se encuentran cumpliendo condena por los delitos de terrorismo, no hay que buscarlo en cuestiones de tipo ético, sino más bien de tipo práctico⁴⁴⁴; es decir, “a enemigo que huye, puente de plata”. El legislador no quiere el arrepentimiento en sí, lo que desea y pretende es que no se cometan más delitos terroristas y además persigue el castigo de los culpables. Para Lamarca Pérez⁴⁴⁵ no se trata de satisfacer ninguna exigencia de justicia que atienda a los móviles éticos o al espontáneo arrepentimiento del inculcado, respondiendo claramente a preocupaciones utilitarias y de política criminal; si bien Cuerda-Arnau⁴⁴⁶, opina que es posible la justificación de esta causa de atenuación no sólo por su fundamento utilitario, sino también <<desde los fines de la pena, esto es, desde la posibilidad de afirmar que en estos casos hay una menor necesidad de pena, tanto desde la prevención general como especial>>. En definitiva, la doctrina desde siempre ha reivindicado la desaparición de esta figura premial de tipo inquisitorial⁴⁴⁷, que tan pocos resultados efectivos ha dado en la lucha contra el terrorismo⁴⁴⁸ y que supone una atenuación de la pena cuando el imputado colabora, buscando el legislador su conversión y su declaración como último vestigio de la prueba de un Derecho penal inquisitivo⁴⁴⁹.

X. Equiparación de las condenas de Jueces y Tribunales en el extranjero.

⁴⁴⁴ La rebaja de la penalidad por delación es fruto de la dicotomía razón de Estado-Estado de derecho, que es fluctuante, y en la que se suele dar primacía a la realidad política inmediata. BLAY VILLASANTE, F. *Delito de integración en...*, op. cit., pág. 119.

⁴⁴⁵ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 322; de la misma opinión MESTRE DELGADO, E. Delincuencia terrorista..., op. cit., pág. 226; >>; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. M. *Atenuación, remisión de la pena...*, op. cit., pág. 578; y GARCÍA SAN PEDRO, J. *Atenuación, remisión de penas...*, op. cit., pág. 62.

⁴⁴⁶ CUERDA-ARNAU, M^a. L. Atenuación y remisión..., op. cit., pág. 324, en las pp. 352 y 353 añade como cusa de fundamentación <<el hecho de evitar la posible merma del efecto intimidatorio con la imposición -aunque atenuada- de una sanción al sujeto>>.

⁴⁴⁷ En contra CUERDA-ARNAU, M^a. L. Atenuación y remisión..., op. cit., pág. 590.

⁴⁴⁸ De prácticamente nula la califica la profesora CUERDA-ARNAU, M^a. L. *El premio por el abandono...*, op. cit., pág. 134.

⁴⁴⁹ COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M. Derecho Penal Español..., op. cit., pág. 1139.

Realiza el legislador en el art. 580, una equiparación a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia de las condenas por estos delitos de terrorismo de los Jueces y Tribunales en el extranjero con las de los Jueces y Tribunales españoles. Estamos ante la reincidencia internacional, aplicable a los delitos que se llevan a cabo en el ámbito de organizaciones, al igual que sucede con los delitos de tráfico de drogas o los de prostitución⁴⁵⁰.

El tipo obliga a los Jueces y Tribunales españoles a aplicar la agravante de reincidencia cuando los actos llevados a cabo por el sujeto sean susceptibles de ser subsumidos en los artículos 571 a 579 del Código Penal español, a excepción del terrorismo individual del art. 577⁴⁵¹, siempre que esos actos hayan sido juzgados y condenados por sentencia en el extranjero. No conocemos si la particularidad del terrorismo individual ha sido un error del legislador, ya que no se puede desprender de los debates parlamentarios ni de los de comisión su intención, de si ha querido o no que a este tipo de terroristas se les aplique la reincidencia internacional.

Para que pueda ser equiparada la condena de un Juez o de un Tribunal extranjero a las sentencias de los Jueces o de los Tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia, deben darse como requisitos:

1º.- Que sea firme.

2º.- Que haya sido dictada por los delitos de terrorismo de los arts. 571 y ss.

3º.- Que el antecedente se encuentre vigente y no haya podido ser cancelado conforme al derecho extranjero o español.

⁴⁵⁰ Este artículo según, PRATS CANUT, J. M. *De los delitos de terrorismo*, en QUINTERO OLIVARES, G., Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 2ª edición, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 1632, y CARBONELL MATEU, J.C. *Delitos contra...*, pág. 809, es un reflejo del cumplimiento de los deberes para combatir el terrorismo dentro de la Unión Europea, como el Acuerdo de Schengen de 1990.

⁴⁵¹ PRATS CANUT, J.M. *De los delitos...*, op. cit., pág. 1632, y CARBONELL MATEU, J.C. *Terrorismo...*, op. cit., pág. 809, son de la opinión que los actos cometidos y condenados en el extranjero de terrorismo individual, es decir, realizados al margen de asociación alguna, pero con finalidad terrorista, que en nuestro C.P. están tipificados en el art. 577, no podrían ser tenidos en cuenta para la aplicación de esta agravante porque exige el tipo que sean delitos relacionados con la actividad de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

4º.- Que la condena no se haya producido vulnerando las garantías de la Constitución Española de su art. 24.

5º.- Que no sean terroristas individuales, excluidos por este art. 580.

Para Millán Garrido⁴⁵² resulta indiferente que el reo haya cumplido o no efectivamente la condena impuesta. En supuestos de amnistía, al incidir sobre la pena y el delito, impide que éste pueda ser tratado en consideración para agravar una posterior condena, pero no el perdón del ofendido, que no afecta a la subsistencia del delito. La sentencia condenatoria extranjera debe haberse producido antes o al cometerse el posterior delito del que conocen los tribunales españoles y debe ser posterior al reconocimiento normativo del valor de la condena por tribunal extranjero, no siendo de aplicación, por lo tanto, cuando aquella condena es anterior a la norma legal que estableció *ex novo* la circunstancia modificativa, que por su carácter agravatorio no debe contemplar situaciones anteriores. Es necesario, por lo demás, que el tribunal extranjero haya respetado las garantías mínimas exigidas en el ordenamiento español, como ejemplo de esto, el Tribunal Supremo ha manifestado, en su Sentencia 1173/1995, de 25 de noviembre, (R.J. 1995\8940), que las pruebas obtenidas en el extranjero sólo pueden ser valoradas por los Tribunales españoles según los principios del derecho vigente en España; y que la sentencia extranjera hubiere condenado por un delito relacionado con el terrorismo de la misma naturaleza, aunque no necesariamente del mismo capítulo, por lo que cumpliéndose estos requisitos la aplicación de la reincidencia es obligatoria y no potestativa.

Este tipo de regulación que condiciona la pena por la reincidencia, o en otros casos por la reiteración de la conducta, supone que para su efectiva aplicación sea necesario dotar a la Administración de ciertas medidas normativas acompañadas de dotes presupuestarias, si no se quiere que caigan como vulgarmente se dice en saco roto; así, entendemos con Del Moral García⁴⁵³ que: <<una aplicación eficaz de la reincidencia internacional, exige, entre otros métodos, la creación de un archivo

⁴⁵² MILLÁN GARRIDO, A. *Terrorismo y reincidencia internacional*, en La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión, Comentarios a la Legislación Penal, Revista de Derecho Público, Tomo XI, Edersa, Madrid, 1990, pp. 21 y 22.

⁴⁵³ DEL MORAL GARCÍA, A. *Delitos contra...*, op. cit., pág. 2767.

internacional, al menos dentro del marco de la Unión Europea. En esta línea de cooperación internacional, el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, considera como materia de interés común de todos los Estados miembros la cooperación policial para la persecución y la lucha contra el terrorismo, lo que permite calificar el intercambio de información acerca de antecedentes penales por delitos de terrorismo como instrumento adecuado para la consecución de dicho objetivo>>.

La razón de un precepto de estas características reside en la necesidad de homogenización de las diferentes legislaciones de los países que se enfrentan en general a la problemática del delito organizado y en concreto al fenómeno terrorista, que como sabemos opera bajo una estructura organizada en territorios de distintos Estados. Serán los jueces y tribunales españoles los que determinen la similitud de las normas que se aplicaron para el enjuiciamiento de los hechos y la entidad de la sanción penal, a la hora de aplicar esta figura de reincidencia internacional. Como esta figura en nuestra legislación no abarca la del terrorismo al margen de organización alguna, si el sujeto ha sido condenado en un país extranjero por una acción calificada como de terrorismo por esa legislación, pero sin la exigencia del elemento estructural, no podrá ser considerada esta agravante de reincidencia al carecer de uno de los elementos esenciales para su calificación y aplicación.

**CAPÍTULO TERCERO: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL
TERRORISMO INDIVIDUAL EN EL CÓDIGO PENAL DE
1995.**

I. Planteamiento y utilidad.

Es en el artículo 577 del Código Penal de 1995 donde se tipifican las conductas denominadas como terrorismo individual, si bien, en ningún sitio aparece esta figura designada con ese *nomen iuris*⁴⁵⁴. El apelativo de terrorismo individual es una construcción doctrinal que, aunque es utilizada en otros ámbitos al margen del Derecho, aquí se intentará tratar únicamente en su concepción jurídica, por lo demás, abordaremos, para realizar el estudio de esta materia, conceptos como el elemento teleológico y estructural, o ciertos fenómenos como la llamada violencia callejera, que consiste en la realización de actos violentos llevados a cabo por grupos de jóvenes, casi siempre organizados⁴⁵⁵, que de forma esporádica cometen hechos delictivos⁴⁵⁶. Nos cuestionaremos si estas acciones constituyen delitos de terrorismo de esta clase o no y por lo tanto sólo se deberían sancionar por los tipos comunes.

Establece este precepto: <<Los que, sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los artículos 147 a 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, o

⁴⁵⁴ La doctrina se refiere también a esta modalidad como “terrorismo urbano”, denominación que ha sido extraída de la Exposición de Motivos de la L. O. 7/2000, de 22 de diciembre, que modificó este precepto: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. Manual de Derecho Penal..., op. cit., pág. 640. CALDERÓN CERESO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J. A. Derecho Penal..., op. cit., pág. 675. COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M. Derecho Penal Español..., op. cit., pág. 1123. Se le ha llamado asimismo “terrorismo no organizado” por parte de SERRANO GÓMEZ, A. Derecho Penal..., op. cit., pág. 1041. FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M. *Delitos de terrorismo*..., op. cit., pág. 338, dice que el sujeto activo de este delito es un “terrorista solitario”. La A.N. en su Auto de 11 de mayo de 2000, ha llamado a este tipo de actos <<terrorismo impropio>>.

⁴⁵⁵ Luego no de forma individual.

⁴⁵⁶ Ello ha sido tratado por la doctrina como: DE PRADA SOLAESA, J. R. *Delitos relacionados*..., op. cit., pág. 73: <<En estos momentos, surgen serias dudas sobre la consideración y el tratamiento penal que se les deba dar a otras conductas llevadas a cabo generalmente por grupos de personas, en la mayoría de los casos jóvenes, más o menos organizados, que siguiendo consignas y con un planteamiento ideológico coincidente en mayor o menor medida con el de un grupo claramente o conocidamente terrorista, se dedican a realizar acciones delictivas violentas, consistentes en daños, incendios, estragos e, incluso, en algunos casos utilizando estos medios violentos para cometer delitos contra la vida o contra la integridad física de las personas>>; y DE LA MORENA BUSTILLO, J. *El fenómeno terrorista y su incidencia en España*, en Estudios de Ciencia Policial, n.º. 45, julio-agosto, Gabinete Técnico de la Dirección General de la Policía, Madrid, 1998, pág. 48: <<La estrategia de la “Kale Borroka” obedece fundamentalmente a dos aspectos que se complementan entre sí: Introducir en la sociedad vasca un potencial desestabilizador y coaccionante mediante la suma de acciones insurreccionales que creen una sensación de inestabilidad política y de abierto enfrentamiento social, y amortiguar y compensar las carencias de la lucha armada de E.T.A., sustituyendo, de algún modo, la falta de capacidad operativa de la banda armada en ciertas provincias>>.

llevaran a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos, daños de los tipificados en los artículos 263 a 266, 323 ó 560, o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, serán castigados con la pena que corresponda al hecho cometido, en su mitad superior>>.

De una primera lectura podemos comprobar como el legislador ha configurado el tipo de forma que contiene los mismos elementos finalísticos que el resto de delitos de terrorismo, sin perjuicio de haber introducido otro elemento teleológico adicional al objeto de que aquellas conductas que no tuvieran la suficiente entidad para lograr esos fines sean también subsumidas en este precepto. La divergencia con el resto de tipos se encuentra, por lo tanto, en el elemento estructural u organizativo, al requerir la no pertenencia a banda armada, organización o grupo terrorista, por lo que nos será útil el análisis por separado de esta figura, para completar nuestra anhelada definición de terrorismo.

II. Fundamento. Ámbito de aplicación. Naturaleza jurídica.

Una vez que conocemos la regulación legislativa de esta figura se hace preciso analizar el verdadero alcance de las conductas tipificadas en este precepto, ya que, el terrorismo individual aparece configurado como delitos comunes: homicidios, lesiones, detenciones ilegales, etc., con unas finalidades determinadas, como sabemos, la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, y ello al margen de pertenecer el sujeto activo a una banda armada, organización o grupo terrorista. Es decir, el sujeto o sujetos que cometen los hechos delictivos no deben estar integrados en una banda armada, organización o grupo terrorista y es imprescindible que realicen esas acciones con una cualquiera de esas finalidades de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública⁴⁵⁷, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los

⁴⁵⁷ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 207, refiriéndose, esta profesora, a la L.O. 9/1984, de 26 de diciembre, sostiene: << El terrorismo tal como aparece configurado en esta Ley, presenta un sustrato de crimen común, que es su forma de exteriorización- homicidios, coacciones, secuestro de personas, etc.-; pero si no se quiere ambas el Código penal mediante una irresistible

habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, ya que, si el sujeto activo de este delito perteneciere a una banda armada, organización o grupo terrorista, en ese caso no entraría en juego el art. 577 y tendríamos que aplicar los artículos 571 y siguientes. Y en el caso en que el sujeto activo no realizare estas acciones delictivas con estas finalidades, tendríamos que acudir a los tipos comunes de homicidio, lesiones, secuestro, etc.; de hecho, con anterioridad a que el C.P. de 1995 introdujera esta figura delictiva estas conductas se encontraban igualmente penadas, recurriendo a cada uno de los tipos específicos⁴⁵⁸.

Como referimos anteriormente, hasta la entrada en vigor del C.P. de 1995, el fenómeno del terrorismo individual era castigado por los tipos comunes, por lo que la mayoría de los tratadistas⁴⁵⁹ entendían que en nuestro Derecho no existía un verdadero terrorismo individual como el que se dio a <<finales del siglo XIX y principios del XX cuando una ola sistemática de atentados políticos... se produce en casi todo el mundo, vinculándose sobre todo al anarquismo que emprende la lucha violenta contra el Estado bajo el lema de la “acción directa” o “la propaganda por el hecho”>>⁴⁶⁰, sin que por

ampliación del ámbito de la Ley orgánica, es preciso determinar con sumo cuidado en qué condiciones ha de cometerse esos crímenes para que entre en juego la normativa especial>>.

⁴⁵⁸ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento..., op. cit., pág. 91, para la que: <<Los actos individuales y espontáneos de violencia no requieren en principio un tratamiento particular por el hecho de que el autor se haya movido por impulsos políticos, religiosos, etc. O, al menos, los legisladores penales presentan un dispositivo suficiente para ponderar en cada caso la relevancia del móvil; y ello al margen de la dificultad que supone determinar una única o prevalente motivación subjetiva cuando ésta no cristaliza en un programa de acción. Si la violencia tiene por objetivo alguna autoridad pública o vulnera de cualquier modo el bien jurídico de la organización y estabilidad del Estado, existe ya en los Códigos penales tipos específicos para hacer frente a esas conductas pluriofensivas, y no parece necesario ni adecuado incluir esos tipos bajo la rúbrica de terrorismo. Si, por el contrario, se trata de una violencia o de unos delitos “comunes” cometidos por individuos aislados con alguna última finalidad política, tampoco se ve la conveniencia de establecer con carácter general un tratamiento peculiar bajo el rótulo de conductas terroristas; en principio, el daño producido no se hace merecedor de un mayor reproche porque no se hace patente ningún peligro especial para la comunidad>>, por lo tanto, entiende perfectamente factible la idea de una regulación sin este tipo concreto y sancionar estas conductas por los tipos comunes.

⁴⁵⁹ MESTRE DELGADO, E. Delincuencia terrorista..., op. cit., pág. 33. Hasta ese momento la doctrina manifestaba que: <<No existe en nuestro ordenamiento la figura del terrorista individual, magnicida o autor de atentados singulares, cuya represión ha de incardinarse en los correspondientes tipos penales comunes del Código, de la misma manera que las normas antiterroristas no pueden ser aplicadas a quien se relacione con aquél>>. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *Colaboración...*, op. cit., pág. 232, al decir: <<Afirma la doctrina que el terrorismo ha tenido que recuperar su sentido de violencia política organizada, hasta el punto de que puede considerarse irrelevante el terrorismo individual o el delito cometido por un colectivo que no constituya “grupo organizado” o incluso por una banda armada no terrorista, supuestos que caen dentro de la delincuencia común no terrorista. Lo que lleva a concluir que los elementos terroristas deben pertenecer a una banda armada y, en consecuencia, sólo son terroristas cuando la banda armada en la que están integrados tiene ese carácter>>.

⁴⁶⁰ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 100.

ello el anarquismo pudiera calificarse como una ideología terrorista⁴⁶¹. No obstante, había un sector doctrinal que se decantaba por lo contrario, declaraba que las acciones terroristas tenían que ser consideradas al margen del elemento organizativo, ya que <<la pertenencia a una organización no lesiona en mayor medida los bienes protegidos, y lo único que indica es, en definitiva, la mayor peligrosidad del sujeto>> por lo que <<la organización no es el elemento integrante del concepto jurídico de “acto de terrorismo”>>⁴⁶².

Con la llegada del C.P. de 1995, autores como Campo Moreno⁴⁶³ entienden que este artículo, <<condensa las posibilidades de considerar terrorista a una persona individual y que, además y por añadidura, nuclea las notas del concepto de terrorismo como aquella actividad, de carácter eminentemente grave que persigue la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública>>, y como Polaino Navarrete⁴⁶⁴, para el que <<el artículo 577 describe una singular modalidad de tipos contra la vida, la salud, la libertad, el patrimonio y la seguridad, que son configurados como “tipos intermedios” (entre los delitos comunes contra tales bienes jurídicos y los delitos especiales cualificados de terrorismo), en el sentido de que en la comisión del delito común básico se exige sólo la concurrencia de la finalidad terrorista del autor, pero no la intervención del mismo como miembro vinculado a bandas armadas u organizaciones o grupos terroristas o bandas armadas en cuanto integrante de los mismos o como sujeto que actúa a su servicio o en su colaboración. Se configura, pues, una tipología común pero cualificada por la concurrencia de la finalidad del autor que es propia de la actividad terrorista *stricto sensu*>>, de igual forma Calderón Cerezo y

⁴⁶¹ GARCÍA SAN PEDRO, J. *Sobre el concepto...*, op. cit., pág. 250. Que opina que: <<Con respecto al anarquismo, se ha incurrido frecuentemente en el error de la manipulación teórica consistente en calificar globalmente a una ideología como de terrorista, cuando las ideologías, como estructuras que son, escapan a definiciones que tengan proyección evidente en la realidad social. Aunque en la doctrina anarquista existen teorizaciones sobre algunos aspectos de la violencia terrorista, en cuanto, la propaganda por el hecho, no trata de calificar al anarquismo como una ideología terrorista, ni tampoco de calificar toda la violencia anarquista como terrorista>>.

⁴⁶² CUERDA-ARNAU, M^a. L. *Atenuación y remisión...*, op. cit., pp. 376 a 378, para la que: <<Si se opta como aquí se hace- por un Derecho penal objetivo que atiende al daño, se estará de acuerdo en entender que la opinión más respetuosa con un Derecho penal entendido de aquel modo es la mantenida por quienes desvinculan el concepto de “acto de terrorismo” del elemento organizativo. Es el empleo de determinados medios especialmente lesivos, que comportan, al menos, un peligro para bienes jurídicos básicos, así como la persecución de ciertos fines, que se concentran en la destrucción del orden democrático, lo único que un Derecho penal del acto puede estimar como referencia típica esencial para sancionar las actividades terroristas>>.

⁴⁶³ CAMPO MORENO, J.C. *Represión penal...*, op. cit., pág. 39.

⁴⁶⁴ POLAINO NAVARRETE, M. *Apología y encubrimiento...*, op. cit., pág. 51.

Choclán Montalvo⁴⁶⁵, han afirmado que estamos ante delitos comunes, que puede cometer cualquier sujeto de forma individual, pero con una determinada finalidad coincidente con la de la banda armada, organización o grupo terrorista, sin que concurra por lo tanto el elemento estructural, por lo que sólo impropiaamente se trata de un delito de terrorismo.

El ámbito de aplicación general de los delitos de terrorismo contiene una especialidad en función del sujeto activo, que viene determinada por la L.O. 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor, que ha sido calificada como <<la decisión político-criminal más importante de la democracia>>⁴⁶⁶, modificada, con una mala redacción, por la L.O. 7/2000, de 22 de diciembre, que estableció que la medida de internamiento en régimen cerrado podía alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, y de cinco años para los menores de aquella edad, cuando fueren responsables de más de un delito, alguno de los cuales estuviere calificado como grave y sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años, como los delitos de terrorismo comprendidos entre los arts. 571 a 580 del C.P., lo que era un dislate del legislador, teniendo en cuenta que este último precepto no tipifica ninguna conducta, sino que lo que hace es prever la posibilidad de la reincidencia internacional. El juez también debía imponer la medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurriesen en el menor. Esta previsión afectaba negativamente a la capacidad de reinserción social de los delincuentes juveniles que ejecutan acciones en su mayoría de terrorismo individual, ya que por su edad no suelen estar integrados en una banda armada, organización o grupo terrorista, como ha manifestado parte de la doctrina⁴⁶⁷, que no entiende la razón de la exclusión de esta posibilidad de integración social para estos individuos, ya que con la aplicación de esta L.O.R.P.M. se sanciona un delito de apología del terrorismo o de daños en las cosas, de forma más severa que un delito contra la vida sin finalidad terrorista, lo que vulnera el principio de proporcionalidad.

⁴⁶⁵ CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J. A. Derecho Penal..., op. cit., pág. 1236.

⁴⁶⁶ LAMARCA PÉREZ, C. *Análisis del proyecto de reforma en materia de terrorismo*, en Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías, Madrid, 2001, pág. 106.

⁴⁶⁷ LAMARCA PÉREZ, C. *Análisis del proyecto...*, op. cit., pp. 106 y 107.

Esta situación, ha venido a cambiarla, la L.O. 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica esta Ley de Responsabilidad Penal del Menor, previendo ahora que cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes: si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años; si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta. En el caso de que el delito cometido sea alguno de los comprendidos en los artículos 571 a 580 del Código Penal, el Juez, también impondrá al menor una medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor.

Es preciso apuntar que ni con la actual regulación, que ha suprimido definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los sujetos con edades entre dieciocho y veintiún años para cualquier tipo de infracción criminal, ni con la anterior que no permitía su aplicación en supuestos de terrorismo, es ni era posible, que las personas con esa edad se beneficiasen de sus previsiones respecto al resto de mayores de edad a los que se aplicará el C.P.

Podemos comprobar que la capacidad de reinserción social que prevé la Ley es muy pequeña, máxime a edades de catorce o quince años, teniendo en cuenta la necesidad de buscar soluciones efectivas de integración para individuos que si no lo logran a tan temprana edad, incluso a los dieciséis o diecisiete años, posteriormente a edades más avanzadas, su única vía de salida en la vida sea seguir integrados en el entorno de la violencia, al no conocer otra cultura ni otra forma de subsistencia.

Además, se continúa sancionando un delito de apología del terrorismo o de daños en las cosas, de forma más severa que un delito contra la vida sin finalidad terrorista, lo que sigue vulnerando el principio de proporcionalidad. Por todo ello, el legislador otra vez más, ha dejado escapar una oportunidad de ofrecer soluciones orientadas a la reeducación y reinserción social desde posiciones que no sean meramente represivas o retributivas, planteando a este problema, alternativas nuevas para abarcar innovadores contenidos ajustados al Estado social y democrático de Derecho, con objetivos de ayuda al joven que delinque como manifestación de un conflicto social, y abandonar de forma definitiva la idea de que son ellos los que causan el problema, para afrontar la realidad de que son la confirmación de un enfrentamiento general.

Sobre la naturaleza jurídica del delito de terrorismo individual, en principio, no presenta particularidades respecto al terrorismo propio, así para Prats Canut⁴⁶⁸: <<Lo que caracteriza el presente precepto es la actuación del terrorista aislado, es decir, sin pertenencia a organización alguna. El presente precepto pone de manifiesto la voluntad esencial de la legislación penal en materia de terrorismo, cual es la de combatir las organizaciones de dicho signo, tal y como manifiesta que los mismos hechos realizados al margen de una organización, independientemente de su gravedad, se remite para su punición a la que corresponde por los delitos comunes, eso sí con la imposición de la pena en su mitad superior; por tanto, se les otorga la consideración que merece la concurrencia de una agravante específica o genérica al delito>>. Esta forma de legislar que lleva a elaborar una regulación basada en concepciones del terrorismo como un delito que trasciende el hecho concreto, acentuando la configuración del tipo en la condición de terrorista del sujeto activo y no en sus concretas acciones, ha empujado a la doctrina a afirmar, en concreto a Terradillos Basoco⁴⁶⁹, que con este tipo delictivo pasa a un primer plano la actitud del sujeto, no su comportamiento, provocando un

⁴⁶⁸ PRATS CANUT, J.M. *De los delitos...*, op. cit., pág. 1591. También, CARBONELL MATEU, J. C. *Terrorismo...*, op. cit., pág. 806, cuando dice que <<sanciona el precepto determinados delitos comunes perpetrados por sujetos que no tienen relación o conexión con banda armada, organización o grupo terrorista, pero en cuya realización se persiguen prácticamente las mismas finalidades que dichas asociaciones ilegales>>, afirmando que se tratan de <<actos al margen de la banda armada>>. En similar sentido, LANDECHO VELASCO, C. M^a. Y MOLINA BLÁZQUEZ, C. *Derecho Penal Español, Parte Especial...*, op. cit., pág. 585, cuando los califican como <<delitos de personas no pertenecientes a bandas armadas>>. Igualmente, LUZÓN CUESTA, J.M. *Delitos de Terrorismo...*, op. cit., pág. 363, al decir que son <<delitos de lesión o resultado sin relación con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas>>, y POLAINO NAVARRETE, M. *Delitos de terrorismo...*, op., cit., pág. 911, que los define como <<delitos comunes cualificados por su comisión con finalidad terrorista>>.

⁴⁶⁹ TERRADILLOS BASOCO, J. *Terrorismo y Derecho...*, op. cit., pág. 38.

retroceso a un Derecho Penal de autor propio de los Estados autoritarios, ocupando el móvil y la personalidad del autor, el lugar de la conducta delictiva. Por lo tanto, goza esta figura de la misma naturaleza jurídica que sus predecesoras en el Código en materia de terrorismo, es decir, la cualificación de conductas comunes realizadas con determinadas finalidades que por su específica reprobabilidad y gravedad justifican la especialidad.

III. Razones político-criminales.

Las anteriores afirmaciones no suponen ninguna objeción, sino al contrario, a la consideración del terrorismo individual como un tipo prescindible, en el sentido apuntado de la plena posibilidad de sanción de estas conductas por los tipos existentes en el propio Código, y prueba de ello es que, como se estudiará más adelante, hasta la entrada en vigor del C.P. de 1995, los Tribunales españoles venían calificando estos hechos como delitos de desórdenes públicos del art. 246 del anterior Código Penal⁴⁷⁰, pero el creciente aumento de estas acciones, tanto en su intensidad como en su calidad, en la medida en que, cada vez venían actuando estos sujetos de forma más organizada y sofisticada, con actos de violencia callejera, conocidos como “kale borroka”, que ha medio plazo servían como cantera de reclutamiento de futuros terroristas, determinó la acentuación de la alarma social, y que desde amplios sectores sociales y políticos⁴⁷¹ se reclamase la incriminación como terroristas de estas acciones, sobre todo en determinados medios de comunicación, que continuamente se referían a estos desagradables sucesos de una forma que acrecentaba su verdadero alcance, por lo que se percibía como un grave problema. No es que pretendamos restarle importancia, que por supuesto la tiene, sino que lo que queremos subrayar es la notable influencia que poseen los medios de comunicación, para en esta y en otras materias, sensibilizar a la opinión pública y con esto al legislador, llegando a influir en la percepción y concepción del problema, ya que al no poder ser testigo directo de los mismos, la opinión pública se concientiza de lo que ha ocurrido mediante la información que facilitan estos medios, y en el ímpetu y frecuencia con que informen, residirá la cantidad e intensidad de la apreciación del problema por parte del ciudadano, cuanto más tiempo se comunique

⁴⁷⁰ DE PRADA SOLAESA, J. R. *Delitos relacionados...*, op. cit., pp. 74 y 76.

⁴⁷¹ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *El Derecho Penal frente...*, op. cit., pág. 65.

algo, mayor alcance y gravedad parecerá que tiene el problema. Pero, al margen de esto, la interrogante que hay que plantearse es si realmente el terrorismo se puede llevar a cabo de una manera individual, al margen de una banda armada, organización o de un grupo, o si es necesario, para perpetrar actos que se puedan calificar como verdaderamente terroristas, estar integrado en una banda armada, organización o en un grupo. Y como sucede en otras cuestiones referentes al terrorismo, en ésta, la doctrina tampoco es unánime, o al menos no lo era hasta la entrada en vigor del actual C.P.

Planteada la cuestión sobre la necesidad del precepto, lo cierto es que, en realidad, parece que se perpetran dos tipos de actos susceptibles de subsunción en este tipo delictivo⁴⁷²: en primer lugar, ciertos hechos violentos que de forma espontánea y esporádica se producen en manifestaciones contra las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, pero sin una finalidad específica que trascienda más allá de los actos en sí mismos, no planeamos transmitir con esta afirmación, la idea de que estos actos no sean merecedores de represión penal, o de que no tengan un objetivo concreto, pero desde luego creemos que no tienen una finalidad tan grave como las que exige el tipo del art. 577, pudiendo ser finalidades espurias, pero no lo suficientemente trascendentes para aplicar el precepto; y en segundo lugar, otras acciones violentas que persiguen subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, o contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, que sí son merecedoras de ser calificadas y sancionadas como terrorismo individual porque cumplen con el tipo subjetivo.

Deducimos que el legislador lo que ha querido es extender el ámbito de punibilidad del terrorismo a otras conductas, cuando introdujo esta figura de terrorismo individual y cuando la reformó posteriormente por L.O. 7/2000, de 22 de diciembre, para articular un nuevo propósito finalístico en el tipo, como es el de contribuir a los fines clásicos –subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública–

⁴⁷² Seguimos a LAMARCA PÉREZ, C. *Aspectos criminológicos...*, op. cit. y *Análisis del Proyecto de reforma...*, op. cit., para la que en la práctica, hay que distinguir para la aplicación de este tipo delictivo, dos tipos de actos, en primer lugar determinados hechos llevados a cabo de forma espontánea y esporádica que constituyen más bien acciones de violencia realizadas en situaciones de manifestaciones, como pueden ser enfrentamientos con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, violencia callejera de los conocidos como grupos X e Y, violencia de ciertos piquetes de huelga, etc., que deberían ser calificados por el hecho común y penados como tales cuando este tipo de conductas no busquen directamente destruir el sistema democrático por lo que carecen del elemento finalístico exigible para que fuesen relevantes a la legislación antiterrorista; y en segundo lugar, esos mismos hechos cuando se realizan con ese elemento finalístico, debiéndose aplicar este precepto y no los tipos comunes.

atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional. Reforma, todo hay que decirlo, que obtuvo un Informe favorable por parte de la Fiscalía General del Estado, para la que el ensanchamiento del tipo de injusto del delito de terrorismo se adecua a los requisitos impuestos por una realidad cuya periódica repetición impone nuevas soluciones jurídicas, ya que mediante determinadas conductas destructivas, el agente añade a su propósito una indudable finalidad intimidatoria que no está contenida en el tipo penal y que queda sin soportar el reproche que se merece. No hay que olvidar que se aumentó la relación de figuras delictivas, al añadir los delitos de daños del art. 266, y a la vez acrecentando sus penas, con una doble agravación; como ha destacado el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley, si el sujeto es responsable de los daños de los arts. 263 a 265, y se dan las circunstancias del art. 266 y el dolo del art. 577, se enfrentará a una pena más elevada a la prevista antes de la reforma y además en su mitad superior.

El precepto ha sido modificado, en cuanto se han extendido y se les han dado una redacción más clara, concreta y precisa a los delitos de incendios, de estragos, o de tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, aunque todavía no estén montados y operativos, sin que sea necesario que exista riesgo para la vida o la integridad de las personas, si bien, ahora el ámbito típico es superior y además se ha adelantado enormemente la barrera punitiva, evidencia clara, de una forma de legislar que produce la inflación de modalidades delictivas, lo que deja entrever que la voluntad del legislador es abarcar todas las conductas imaginables y potenciales, pero ello no debe hacernos olvidar, que la realidad demuestra que poco se ha aportado a la regulación de esta modalidad de terrorismo, en la medida en que, como ha manifestado el C.G.P.J. en el Informe que emitió concerniente al Anteproyecto de esta Ley, la nueva redacción tiene escasa trascendencia práctica porque lo que determina la punibilidad del art. 577 es que las acciones persigan las finalidades clásicas que conocemos, de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, independientemente de los medios para lograr las mismas.

En la distinción de estas acciones como de terrorismo individual o como otro tipo de delitos se encuentra una parte importante de la finalidad de esta investigación, debido a que en esos contrastes podemos encontrar parte de la esencia del llamado

terrorismo individual y del propio concepto de terrorismo. La diferencia entre estos delitos de terrorismo individual y los tipos comunes, incluso después de la reforma, es imperceptible, pudiendo calificarse como de este tipo de terrorismo, multitud de conductas que simplemente son verdaderas manifestaciones violentas de desavenencia política, que deberían ser sancionadas por los tipos comunes, al no ser terrorismo, desde el concepto jurídico del mismo que ya conocemos, pero sólo comprensible desde el fracaso e ineficacia que el legislador daba al antiguo art. 577.

Entendemos⁴⁷³ que el espíritu del legislador fue más allá de sancionar solamente el terrorismo individual, pretendiendo solucionar un problema de carácter procesal, por la dificultad de prueba, a veces por su inexistencia, de la pertenencia, actuación al servicio o colaboración con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, si bien es cierto, que desde una perspectiva criminológica el terrorismo individual existe, y como tal puede ser sancionado penalmente, también es cierto, que este tipo de actuaciones delictivas, con la correcta aplicación de los tipos comunes quedarían suficientemente castigadas, y no hay justificación para sancionarlas por un tipo específico agravado desde un punto de vista de política criminal, pudiendo hasta resultar peligroso desde la óptica del Estado social y democrático de Derecho, porque se permite sancionar determinadas formas violentas de manifestación política de carácter espontáneo o esporádico, sin perjuicio de que el legislador haya optado por la finalidad política en el terrorismo individual, haciendo una excepción al concepto de terrorismo que conocemos.

IV. La noción de terrorismo individual en el Código Penal de 1995. Exégesis del artículo 577.

⁴⁷³ LAMARCA PÉREZ, C. *Aspectos criminológicos...*, op. cit., y en *Análisis del Proyecto de reforma...*, op. cit. En definitiva lo que viene a decir esta autora, es que con esta regulación lo que ha querido el legislador es, no sólo ampliar el ámbito de los delitos de terrorismo a la violencia no organizada, pero con finalidad política, sino que fundamentalmente en su idea estaba el dar respuesta penal a acciones llevadas a cabo por sujetos al margen de organización alguna, como los grupos X e Y, o individuos que realizan acciones violentas en manifestaciones políticas, con el problema procesal probatorio de vinculación con la asociación terrorista, que tendría si no existiese esta figura del art. 577, llamando terrorismo a una diversidad de conductas que precisan de diferentes calificativos y consecuentemente de diferentes respuestas penales. También Cancio Melia, en <<*Derecho penal*>> del enemigo..., op. cit., pág. 26, donde asegura refiriéndose a esta figura, que <<el legislador persigue no tanto aprehender en este tipo una forma de verdadero terrorismo como castigar una mera actitud subjetiva o evitar determinados problemas de prueba en relación con la conexión de los autores de la organización>>.

La búsqueda de una noción de terrorismo individual, plantea similares problemas que la búsqueda de un concepto de terrorismo general, con el añadido de que ni tan siquiera creemos que realmente exista un terrorismo de este tipo, o por lo menos conceptualmente, por lo que no vamos a intentar elaborar una definición específica de esta modalidad de terrorismo.

Pretendemos, por consiguiente, limitarnos a ofrecer una panorámica de la situación legislativa, doctrinal y jurisprudencial sobre la materia, por lo que comenzaremos con hacer un repaso de las opiniones científicas más relevantes. Si acudimos a Carbonell Mateu y Mira Benavent⁴⁷⁴, comprobaremos que mantienen una opinión similar a las antes apuntadas, es decir, para ellos este art. 577 es aplicable <<al terrorista individual, al que ni participa ni colabora con bandas armadas, pero actúa con idénticas finalidades de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública>>. López Garrido y García Arán⁴⁷⁵ abundan sobre este planteamiento al indicar que <<en el delito del art. 577 lo único que atrae la calificación como terrorista es la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, puesto que se trata del supuesto denominado “terrorista individual”, caracterizado precisamente por su no-pertenencia a organización alguna>>. En nuestra opinión, el legislador ha elegido una opción de política criminal específica, que es considerar como centro de la legislación antiterrorista la actuación de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, pero ha creído positivo que determinadas conductas que hasta ahora se sancionaban por el tipo común, se incluyan en la normativa antiterrorista, para lo cual el sujeto ha de cometer los delitos con las mismas finalidades, pero sin ninguna vinculación o relación con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; por lo que parece que el sentido del precepto apunta a que si bien, el sujeto no actúa ni vinculado ni perteneciendo a la asociación terrorista, al realizar la conducta delictiva, buscase de propósito colaborar con la estrategia de la misma, aunque en la realidad necesariamente no ha de producirse; por el contrario, pudiera suceder que ciertos actos

⁴⁷⁴ CARBONELL MATEU, J. C. y MIRA BENAVENT, J. *De los delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 2124. Después de los desgraciados atentados realizados en Madrid el día 11 de marzo de 2004, este artículo que estaba pensado para sujetos que realizaban acciones terroristas sin relación o vinculación con asociaciones delictivas, queda en la tesitura de que Al Qaeda, al parecer responsable de los mismos, tiene una difusa organización; y en CARBONELL MATEU, J. C. *Terrorismo...*, op. cit., pág. 1044. Un análisis del terrorismo integrista o fundamentalista podemos encontrar en: REINARES-NESTERES, F. *Terrorismo global*, Taurus, Madrid, 2003.

⁴⁷⁵ LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M. *El Código Penal de 1995...*, op. cit., pág. 206.

de terrorismo interfirieran en la estrategia de la organización terrorista o incluso pudieran perjudicarla, aunque esta circunstancia, de cumplirse efectivamente, nos parecería irrelevante a efectos penales, pero lo que es indudable es que el delito se encuentra tipificado pensando en sujetos aislados o en una unión de sujetos que no lleguen a formar una banda armada, organización o grupo terrorista.

Continuando con el análisis dogmático, para Prats Canut⁴⁷⁶ <<este precepto pone de manifiesto la voluntad esencial de la legislación penal en materia de terrorismo, cual es la de combatir las organizaciones de dicho signo, tal y como manifiesta que los mismos hechos realizados al margen de una organización, independientemente de su gravedad, se remite para su punición a la que corresponde por los delitos comunes, eso sí con la imposición de la pena en su mitad superior; por tanto, se les otorga la consideración que merece la concurrencia de una agravante específica o genérica al delito>>, a decir de la doctrina, este precepto constituye una agravación genérica de las conductas comunes del C.P., que se penan en su mitad superior, cuando se realizan con ciertas finalidades. De Prada Solaesa⁴⁷⁷, como se explicó anteriormente, expresa con acierto, que con este tipo se amplía <<la consideración como terrorismo de situaciones de desórdenes públicos graves en los que falta el elemento estructural u organizativo característico del delito terrorista, tal como hace el art. 577 que establece una agravación de la pena... con lo que se otorga la consideración de terroristas a los actos o situaciones confusas que... hasta ahora o bien se les consideraba como desórdenes públicos del art. 246 del C.P. o a lo sumo, dependiendo de las concretas circunstancias, eran castigados, en muchos casos de forma más que dudosa, como delitos de colaboración con banda armada en cuanto se tratara de actos que coadyuvaran a los fines o medios de actuación de una concreta organización terrorista>> se produce pues, a juicio de este autor, <<una importante ampliación del ámbito de lo terrorista y cuyos efectos probablemente se extiendan mucho más allá de lo inicialmente previsto por la doctrina, que interpreta que esta figura se refiere al llamado terrorismo individual>>.

⁴⁷⁶ PRATS CANUT, J. M. De los delitos..., op. cit., pág. 1591. Para MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial..., op. cit., pág. 780., el delito de terrorismo individual se aparta de los modelos clásicos de los delitos de terrorismo, al no exigir el elemento estructural, erigiéndose el elemento subjetivo de finalidad política como *conditio sine qua non* y centro del concepto jurídico del terrorismo, al permitir la punición de actos que no están planificados sistemáticamente por un a asociación terrorista.

⁴⁷⁷ DE PRADA SOLAESA, J. R. *Delitos relacionados...*, op. cit., pp. 74 y 76.

Sobre este argumento, García S. Pedro⁴⁷⁸ ha planteado <<la necesidad de la presencia de un grupo organizado para poder hablar de terrorismo ha sido puesta de manifiesto por la doctrina de una manera casi unánime y de ahí se ha pasado a considerar como un elemento especificador del terrorismo el ser una violencia política organizada>> y esboza la cuestión fundamental, aquí tratada, de si el terrorismo puede ser realizado de forma individual o si es necesario en cambio, que proceda de un grupo, y de si ciertos actos de violencia realizados al amparo de ideologías anarquistas pueden considerarse constitutivas de este tipo, ya que <<no siempre pueden adscribirse a un grupo su autoría, sino que, sobre todo en los primeros momentos, se produjeron una serie de asesinatos ocasionados por personas individuales, planteándose en algunos sectores la cuestión de si para ser considerada como terrorismo la violencia ha de proceder necesariamente de un grupo o si también puede ser considerada como tal la violencia ejercida individualmente>>. Respuesta que encontramos en la obra de Cuerda-Arnau⁴⁷⁹, quien mantiene la tesis de que el terrorismo puede ser realizado por individuos al margen de cualquier organización; y en el mismo sentido, como ya apuntamos, Campo Moreno⁴⁸⁰ al afirmar que <<la figura del terrorista individual adquiere plena carta de naturaleza en nuestro derecho positivo con el nuevo C.P. de 1995, el cual en su art. 577... se condensan las posibilidades de considerar terrorista a una persona individual>>.

Nos mostramos en contra de tales afirmaciones por la posición que hemos expresado y que mantenemos al margen de que efectivamente desde el Derecho positivo, como impuesto por el legislador, la figura del terrorismo individual esté expresamente tipificada y por lo tanto exista como tal, pero que desde una buena dogmática-jurídico penal, no tenga razón de ser por innecesaria y contraria al concepto de terrorismo tradicional. El terrorismo individual como tipo delictivo es una invención innecesaria del legislador que es fuente, más que de soluciones, de problemas, ya que hubiese bastado para sancionar las conductas que aquí se tipifican, con los tipos comunes, sin necesidad de optar por una política criminal de incriminación como terroristas de conductas de disidencia o desavenencia con el sistema, y de exacerbación

⁴⁷⁸ Concretamente se refiere a los <<actos de violencia realizados al amparo de ideologías anarquistas, que no pueden adscribirse a un grupo su autoría, sino que se producen por individuos aislados>> y añade que <<no se debe calificar a una ideología como terrorista o a ciertos tipos de manifestaciones violentas>>; del mismo autor, *Sobre el concepto...*, op. cit., pág. 249.

⁴⁷⁹ CUERDA-ARNAU, M^a. L. Atenuación y remisión..., op. cit.

⁴⁸⁰ CAMPO MORENO, J. C. Represión penal..., op. cit., pág. 39.

de las penas, que sólo conduce a la proclamación del fracaso político y penal en esta materia. Las acciones que parece describir este art. 577 son más bien constitutivas de tipos comunes sin mayor trascendencia que la lógica preocupación social por el incremento del número y de la gravedad de los delitos. Conductas todas ellas jurídicamente reprobables que con las penas de los delitos comunes están suficientemente castigadas y que además calificarlas como terroristas puede llegar a provocar efectos criminógenos, por la propaganda y la atención que se le presta a los actos de estos individuos. Si estos jóvenes cuando realizan estas acciones callejeras, con las que buscan atentar contra el Estado y sus normas⁴⁸¹, fuesen juzgados y condenados por delitos comunes, sus acciones no tendrían, dentro de su entorno radical, la misma repercusión que si son calificadas y juzgadas como de terroristas, con ello lograríamos que en vez de ser considerados como activistas y luchadores por una concreta causa, se presentasen como meros delincuentes comunes y simples alborotadores callejeros.

Por parte de la jurisprudencia, el T.S. en la referida Sentencia 2/1997, de 29 de noviembre, Causa Especial 840/1996, (R.J. 8535\1997), al definir el terrorismo, lo ha contemplado como una actividad planificada individualmente o con la cobertura de una organización, por lo que admite la modalidad de terrorismo individual desde la óptica material, y en su Auto de 23 de septiembre, (R.J. 2003\221807), este mismo Tribunal se pronuncia en los siguientes términos, sobre un asunto en el que entendió que no había indicios racionales como para calificar a priori los actos realizados como constitutivos de esta modalidad de terrorismo, por no concurrir el elemento finalístico, y además por no poseer un silueta organizativa ni operativa suficiente para poder conseguir estos fines:

<<no parece posible -sin acudir a la analogía, inadmisibles en este marco- atribuirles una objetiva funcionalidad a propósitos como los de “subvertir el orden constitucional, alterar gravemente la paz pública o contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social”. Lo que excluye, en principio, de aplicación... el art. 577 Código Penal. Y, ya en el plano de la organización y de los medios, a tenor de los datos disponibles, es patente que... carece del perfil estructural, y no se diga de la aptitud operativa, propios de los grupos que persiguen el cambio político por la vía de la difusión del terror. De este modo, la distancia entre esta segunda dimensión

⁴⁸¹ Vid DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *El funcionalismo en Derecho Penal*, en Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Tomo II, Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para la sanción penal, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 518 y 519.

empírica y la primera aludida, sitúa realmente a los fines, por más que proclamados, en el campo de la retórica>>.

Este Auto es significativo desde el momento en que no sólo es necesario para nuestro más alto Tribunal el elemento teleológico, sino que es preciso que para calificar una acción como constitutiva del art. 577, los sujetos activos posean una cierta estructura y capacidad operativa que les permita poner en peligro los bienes jurídicos colectivos -subversión del orden constitucional o alteración grave de la paz pública, o contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional- protegidos en este precepto.

Dos son las soluciones más relevantes, y en determinados aspectos contradictorias, que se pueden inferir del análisis del art. 577 del C.P:

- Una es que el legislador lo que quiere es <<salir al paso de otros problemas, estableciendo la posibilidad de calificar también como terroristas a personas a las que no se puede probar ni su vinculación ni su colaboración con este tipo de organizaciones (en concreto grupos X e Y de los que habla la prensa)... o llamar terrorismo a manifestaciones de violencia política espontáneo>>.⁴⁸²

- Otra, que el legislador continúa evolucionando en la idea en que el terrorismo es además de violencia organizada, violencia al margen de asociaciones terroristas, cometida por sujetos independientes⁴⁸³.

Lo que parece fuera de toda discusión por parte de la doctrina es que el art. 577 sanciona el terrorismo individual⁴⁸⁴, aunque se trate de soslayar un problema procesal relativo a la prueba sobre la vinculación de los sujetos con las asociaciones terroristas⁴⁸⁵, sin perjuicio que para ciertos autores no queda patente si el tipo está

⁴⁸² LAMARCA PÉREZ, C. *Aspectos criminológicos y legales...*, op. cit.

⁴⁸³ CUERDA ARNAU, M^a. L. *Atenuación y remisión de la pena...*, op. cit., pág. 365.

⁴⁸⁴ Opinión unánime: MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, Parte Especial...*, op. cit., pág. 780. CARBONELL MATEU, J.C. *Terrorismo...*, op. cit., pág. 806. DE PRADA SOLAESA, J. R. *Delitos relacionados...*, op. cit., pág. 76. PRATS CANUT, J.M. *De los delitos...*, op. cit., pág. 1591. LUZÓN CUESTA, J.M. *Delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 364. LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M. *El Código Penal de 1995...*, op. cit., pág. 206. MIRANDA STRAMPER, M. *Delitos contra...*, op. cit., pág. 1975.

⁴⁸⁵ LAMARCA PÉREZ, C. *Aspectos criminológicos y legales...*, op. cit.

encaminado hacia el terrorista aislado o a grupos extremistas que no llegan a formar una asociación terrorista como tal pero que en ciertas ocasiones realizan estos delitos⁴⁸⁶.

Por lo que se refiere al sujeto pasivo de este delito, no plantea especiales dudas o dificultades, siendo, como en los otros tipos de terrorismo cometidos en el seno de asociaciones delictivas, el titular del bien jurídico protegido de carácter colectivo que ha sido lesionado o puesto en peligro, es decir, la sociedad y el Estado⁴⁸⁷, y para el bien jurídico protegido de carácter individual, vida, libertad, etc., la persona titular del mismo.

Otro problema que puede plantear este precepto es la utilización de ciertas expresiones como el concepto <<habitantes de una población>> que parece de definición clara, pero el significado de <<miembros de un colectivo social, político o profesional>> es más difuso, siendo un concepto jurídico indeterminado que quedará al criterio del operador jurídico su delimitación, pero en principio podemos pensar en un colectivo gay, en uno ecologista o en uno de trabajadores o empresarios, pudiendo incluirse determinadas minorías, entendidas, como subraya Prieto Sanchís⁴⁸⁸, en el sentido en <<que existe una idea difusa, y con todo bastante certera, que concibe las minorías como aquellas personas o grupos que, por su raza, sexo, religión, condición física o cualquier otra circunstancia soportan de hecho una cierta discriminación social o padecen una situación de desventaja>>. Con la inclusión de este nuevo elemento teleológico, de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, el legislador ha introducido en el concepto legal del terrorismo un elemento que lo degrada hasta el punto de que su distinción y delimitación con los delitos comunes de desórdenes públicos es prácticamente imposible⁴⁸⁹, aunque también intentaremos realizar esta distinción en el epígrafe correspondiente; con lo que elaborar un concepto jurídico del

⁴⁸⁶ LANDECHO VELASCO, C. M^a. Y MOLINA BLÁZQUEZ, C. Derecho Penal Español, Parte Especial..., op. cit., pág. 585.

⁴⁸⁷ LANDECHO VELASCO, C. M^a. Y MOLINA BLÁZQUEZ, C. Derecho Penal Español, Parte Especial..., op. cit., pág. 576.

⁴⁸⁸ PRIETO SANCHÍS, L. *Las minorías religiosas*, en Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados, VV.AA., Colección Solidaridad 6, Fundación O.N.C.E., Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994, pág. 14.

⁴⁸⁹ LAMARCA PÉREZ, C. *Análisis del Proyecto...*, op. cit., pp. 105 y 106. Afirma esta profesora que: <<si hasta ahora la frontera entre los delitos comunes de desórdenes públicos o atentados a la autoridad y este tipo de terrorismo era muy tenue, con la reforma esta frontera sencillamente ya no existe>>.

terrorismo⁴⁹⁰, en el que se incluya este nuevo elemento teleológico, es una labor inane, baladí y redundante, porque el concepto legal del terrorismo contendrá los mismos componentes, es decir, subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, aunque se añada otro aparente elemento teleológico u otra supuesta finalidad, ya que el legislador quiera añadir variantes en el objeto del terrorismo, lo que no quiere decir que éste altere su concepto jurídico, porque el legislador se encuentra limitado por unos criterios lógicos que no puede transgredir, y si lo hace la conducta que esta tipificando, aunque la incluya en la sección de los delitos de terrorismo, no es tal, por su naturaleza jurídica, sino que por conveniencia política está asignándole ese nombre, un claro ejemplo de ello es el ya tratado delito de apología del terrorismo que como ha manifestado el T.S., aunque se encuentre regulado dentro de los delitos de terrorismo, no es tal, gozando de una naturaleza jurídica distinta de la de éstos⁴⁹¹.

Por último, para concluir este epígrafe, añadir que en materia procesal parte de la doctrina ha entendido que la suspensión de derechos prevista en desarrollo del art. 55.2 de la C.E. no sería constitucional⁴⁹² en casos de terrorismo individual⁴⁹³, debido a que aplicar estas restricciones de derechos fundamentales a estos sujetos, no se ajusta al principio de proporcionalidad, en el convencimiento de que estas acciones delictivas no parecen que tengan entidad suficiente para justificar dicha restricción de los derechos fundamentales, que son aquellos de los que es garante nuestra Constitución de forma más estricta⁴⁹⁴. Otro aspecto, al que ya nos referimos, es el que reseña Campo

⁴⁹⁰ Vid. Capítulo Primero sobre el concepto jurídico del terrorismo y la problemática que plantea.

⁴⁹¹ Los Autos del T.S., de 23 de mayo de 2002, (R.J. 2002\4727) y de 14 de junio de 2002, (R.J. 2002\4744),

⁴⁹² GARCÍA SAN PEDRO, J. *Delitos contra...*, op. cit., pág. 464. <<La doctrina ha venido... negando toda posibilidad de que el art. 55.2 pueda contemplar al terrorismo individual>>.

⁴⁹³ Nos referimos, como ya hemos advertido, únicamente al terrorismo individual. Para un estudio de estos aspectos procesales del terrorismo, como es la suspensión de los derechos fundamentales, vid. LAMARCA PÉREZ, C. *Tratamiento jurídico...*, op. cit., pp. 359 y ss.

⁴⁹⁴ El art. 55.2 de la C.E. establece:<<Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17.2 y 18.2 y 3 pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes>>. Sobre esta materia el artículo de LAMARCA PÉREZ, C. *Aspectos procesales y garantías en el terrorismo*, en Cuadernos Jurídicos, año 2, nº. 7, abril de 1993, pp. 11 a 15; esta profesora en este artículo se pregunta sobre la eficacia de alguna de las modificaciones que la Ley 4/1988 introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y analiza el contenido del art. 55.2 de la C.E., que permite la suspensión de dichos derechos en caso de emergencia. En el epígrafe titulado Régimen de suspensión de las garantías, analiza la prórroga de la detención, medida que figura en el art. 520 bis de la L.E.Cr.; la medida de incomunicación, recogida en el art. 520 bis. 2 de la L.E.Cr.; la prisión provisional, de los arts. 503 y 504 de la L.E.Cr.; el derecho a la inviolabilidad del domicilio, art. 553 de la L.E.Cr.; la suspensión de función

Moreno⁴⁹⁵, al proponer que <<no sería deseable que tal precepto se pusiera al servicio de fines procesales, de tal manera que se esgrimiera en supuestos en que se atisba la pertenencia o colaboración con banda armada, pero ni una ni otra son descartables>>.

En este asunto, como en general en todos los relacionados con los delitos de terrorismo, hay que ser especialmente cuidadoso para que las garantías procesales y los derechos fundamentales no se vean afectados, de forma que no se cercene un aspecto primordial del Estado de Derecho, ya que si caemos en la tentación de erosionar las cauciones básicas de nuestro ordenamiento jurídico, convertiremos la democracia en un sistema meramente formal, que en lugar de instituirse como garante de los derechos del individuo, simplemente se instaurará como garante del Estado autoritario, que sustituye los derechos básicos del ciudadano, por meras intenciones de seguridad y tranquilidad, y que paradójicamente no puede erradicar la violencia terrorista de nuestra sociedad, mostrándose deslegitimado para tan difícil misión.

V. Especial referencia al dolo y al elemento subjetivo del tipo.

Dentro del tipo subjetivo, el dolo es el de cada uno de los delitos realizados, entendido éste como la conciencia y voluntad –elemento intelectual y volitivo- de matar, lesionar, secuestrar, amenazar, etc. Como se propuso en el momento oportuno de esta investigación, el elemento teleológico en los arts. 571 y ss. lo conforma el Código Penal de 1995 exigiendo que la conducta delictiva se realice con una determinada

o cargo público, introducida en el art. 384 bis de la L.E.Cr.; y el derecho al secreto de las comunicaciones, art. 579 de la L.E.Cr.

⁴⁹⁵ CAMPO MORENO, J.C. Represión penal..., op. cit., pág. 40. Añade que: <<la hipotética base asociativa se condensa en las formas de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas y, si bien ya hemos indicado obedecen a una concepción asociativa única, lo cierto es que el legislador hace tal distinción en el intento de abarcar tanto las manifestaciones de las actividades terroristas genuinas como aquellas nuevas, con más o menos base estructural, que puedan ir apareciendo en la lucha contra el orden constitucional. De ese modo el precepto cumple, además un cometido procesal pues, no hará falta probar la existencia de una organización en el sentido más lato siendo suficiente con probar los fines y la existencia de un grupo activo>>.

finalidad, que es la asociación terrorista y no la del sujeto, por lo que la estructura típica requiere la presencia de un elemento subjetivo del injusto o del tipo, que ha de ser abarcado por el dolo del autor ya que conoce y quiere la finalidad de la asociación ilícita, de manera que la conducta delictiva concreta debe ir finalísticamente encaminada a subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, pero en el art. 577, no es un elemento subjetivo del tipo o si se quiere no es un elemento subjetivo específico de tendencia interna intensificada, sino que es el dolo del autor que actúa al margen de organización alguna, con las finalidades alternativas de subvertir el orden constitucional, alterar gravemente la paz pública o contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional. Y es esta última finalidad, introducida por la L.O. 7/2000, de 22 de diciembre, la que, como quedó señalado cuando analizamos la alteración grave de la paz pública en el Capítulo Primero, implanta elementos en el concepto que el legislador tiene del terrorismo que son ajenos a él, es decir, alterar gravemente la paz pública, concluimos que más que una finalidad era un resultado de las acciones terroristas; pues bien, contribuir a estos fines –subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública- atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, es también un resultado de las acciones terroristas, pero no una finalidad en sí misma, a lo que tenemos que unir que sobre la redacción de esta finalidad, mantenemos que se plantean los mismos problemas de interpretación, de los que vamos a tratar seguidamente, que con las amenazas del art. 170, al utilizar conceptos jurídicos indeterminados, como son habitantes de una población, y sobre todo, miembros de un colectivo social, político o profesional.

En definitiva, la introducción de lo que para el legislador es una nueva finalidad, no es a efectos prácticos, nada relevante, porque es lo mismo que lo anteriormente previsto a la reforma y además se regula en relación a los fines clásicos. Nos encontramos más bien ante un nuevo retoque estético del C.P. de 1995, a los que últimamente nos tiene tan acostumbrados el legislador, con fines electorales y para salvar su conciencia ante la opinión pública, a la que no se le explica suficientemente las causas y especialidades de este tipo de violencia y sus posibles soluciones, y únicamente se le muestra la vía de la exacerbación punitiva.

VI. Las formas de exteriorización de la actividad terrorista individual. Modalidades de conducta.

El C.P. de 1995, en su art. 577, al tipificar los actos de terrorismo individual, lo que hace es considerar ciertas conductas que anteriormente se calificaban por el tipo común, como constitutivas de este delito, lo que ha significado, en la práctica, que se haya comenzado a sancionar como terrorismo conductas que constituían delitos comunes y que se castigaban como tales. La legislación en materia de terrorismo individual, es una legislación pensada para delitos de tipo común aunque se le da carácter especial por la finalidad de las acciones que sanciona, por lo que no es excesivamente importante la manera en que la actividad terrorista se exterioriza a la hora de definir jurídicamente el fenómeno del terrorismo individual, es decir, esta relación de modalidades de conducta será importante para el operador jurídico cuando haya de establecer las penas en concreto, pero no para el jurista cuando intente construir un concepto de terrorismo individual. El legislador en cierto modo ha querido que en este art. 577 se admita que el terrorismo individual es una actividad no sujeta a límites estrictos, por ello, no existe un delito de terrorismo individual *per se*, sino que cualquiera de estas modalidades de conducta al margen de una organización y con ciertos elementos, de tipo finalísticos, adquieren la cualidad de terrorista. Esta larga enumeración, de especialidades de conducta, no se refiere a una nueva formulación de los tipos delictivos, sino que es un reenvío a la normativa común, que se corresponde con la pretensión del legislador de incorporar nuevos delitos en materia terrorista al Código Penal, para que todas las conductas imaginables queden dentro del ámbito típico, con una clara huida hacia el Derecho penal, no como última *ratio*, sino como instrumento corrector de ciertas conductas que atacan al sistema democrático desde sus bases y que ponen en peligro su estabilidad. El Derecho penal nunca es útil para solucionar este tipo de problemas, sino que únicamente debe emplearse cuando han fallado todos los demás instrumentos de control social, pero, en este caso, no como elemento que pueda devolvernos la paz social a través de un triunfo sobre el adversario, debiendo lograrse éste por medios políticos y no de criminalización del disidente. Con los tipos comunes estas acciones estaban suficientemente sancionadas, sin que se hiciese preciso su cualificación por motivos terroristas, que producen el efecto de provocar, en estos casos, incluso que estos sujetos, en su círculo, se presenten como hipotéticos luchadores por la causa que reivindican.

Prueba de esta manera de legislar, es que este precepto no modifica las reglas generales sobre la culpabilidad, las fases de ejecución del delito o la participación delictiva, lo único que hace es agravar las penas en la mitad superior, a las que corresponderían a la acción perpetrada, buscando simplemente aumentar el castigo por la finalidad del o de los sujetos activos; por tanto, son las clásicas figuras delictivas a las que este artículo añade una agravación en función de la no integración del o de los sujetos activos en una banda armada, organización o grupo terrorista, si bien, no debemos olvidar, que es un tipo penal *sui generis* de terrorismo, con un régimen punitivo propio porque las conductas no coinciden exactamente con las tipificadas en los artículos anteriores, perpetradas en el seno de una asociación terrorista, no siéndole de aplicación la agravación del art. 572.2⁴⁹⁶, es decir, como ya señalamos *ut supra*, no se le aplicarán las penas en la mitad superior al delito cometido cuando se realicen los mismos contra las personas mencionadas en el apartado dos del art. 551 –autoridad que fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales, del Consejo General del Poder Judicial o Magistrado del Tribunal Constitucional- o contra los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales.

Teniendo presente lo anterior, para realizar una clasificación de los delitos, atenderemos al tipo común que se haya ejecutado o intentado realizar, como se hizo en el Capítulo Segundo, cuando analizamos los diferentes tipos delictivos que sancionan los actos cometidos en el seno de una banda armada, organización o grupo terrorista, es decir, de mera actividad, de resultado, de peligro concreto o abstracto, instantáneos, permanentes, etc., revelándose como innegable que son delitos comunes, porque el sujeto puede ser cualquiera, al no exigir el tipo que se tenga relación con un entidad estructurada.

⁴⁹⁶ MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial..., op. cit., pág. 781.

La consumación vendría dada en función del tipo común que perpetraremos, cabiendo la posibilidad de sancionar las conductas como tentativa acabada e inacabada, como por ejemplo, el caso en que el sujeto dé comienzo a la ejecución del delito de homicidio terrorista, realizando todos o parte de los actos que deberían provocar el resultado, y no se produzca la muerte violenta por causas ajenas a su voluntad, entendiéndose consumado cuando ésta se produce. En otros casos se perfeccionará el delito cuando se ponga en peligro el bien jurídico colectivo, sin que sea necesario que se produzca el resultado lesivo, como por ejemplo, con la tenencia de aparatos explosivos, que en sí misma sitúa al delito en grado de consumación.

Las conductas, como ha quedado puesto de manifiesto, son similares a las tipificadas para los sujetos que pertenecen, actúan al servicio o colaboran con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, siendo una excepción las conductas contra el patrimonio, de las tipificadas en el art. 575, y las de colaboración del art. 576, que no entrarían en este precepto; no entendiéndose bien por parte de la doctrina, cómo puede un sujeto que no tiene relación de ningún tipo con una banda armada, organización o grupo terrorista, ejecutar acciones que tengan como finalidad subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, o contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, sin colaborar o contribuir con la táctica de esas asociaciones terroristas⁴⁹⁷. En definitiva, lo que deducimos que sucede es que el sujeto activo, en el caso del terrorismo individual, no tiene relación de ningún tipo con una asociación terrorista, sólo actúa con los mismos fines que la banda armada, organización o grupo terrorista, y el sujeto activo del art. 576, sin pertenecer a las mismas, sí tiene relación con estas asociaciones ilícitas, en el sentido en que lleva a cabo, recaba o facilita, cualquier acto de colaboración, ayudando, contribuyendo, cooperando o mediando, con ellas, y en eso radica la relación que disfruta este sujeto que favorece esas actividades o finalidades terroristas.

⁴⁹⁷ CARBONELL MATEU, J.C. *Terrorismo...*, op. cit., pág. 802; y LUZÓN CUESTA, J. M. *Delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 361. Ambos autores son de esta opinión, además de que en el art. 577 el sujeto activo ha de cometer el delito con las mismas finalidades que las asociaciones terroristas, pero sin relación con ellas, y en los delitos de los arts. 571, 572 y 574 en el que la colaboración es elemento de lo injusto, se exige una relación directa con la organización, como es pertenecer, actuar al servicio o colaborar, para contribuir a esa estrategia.

Llegados a este estadio de la investigación, se hace preciso el examen por separado de esas concretas conductas que enumera el precepto en estudio, que son las siguientes:

1. El delito de homicidio.

El primer delito que refiere el art. 577 del C.P. es el de homicidio. El término <<homicidios>> -como muerte causada a una persona por otra- abarcará sin duda el delito de asesinato, en la medida en que concurra una cualquiera de las circunstancias del art. 139; semejante aserción se sustenta en la consideración de los homicidios comunes del art. 138 como un tipo básico de los delitos contra la vida, y el asesinato del art. 139 ó 140, como un tipo agravado o cualificado. Repárese, que según la rúbrica del Título <<del homicidio y sus formas>>, la posición de los artículos -el asesinato a continuación del homicidio-, la redacción de los preceptos, y que las circunstancias que convierten o cualifican la muerte en asesinato son idénticas a las genéricas del Libro I del C.P., estamos en situación de afirmar que el asesinato es un tipo agravado o cualificado del homicidio, por lo que cabe dentro de este supuesto de homicidio, porque en este precepto, como se dijo, no se alteran las reglas generales sobre la culpabilidad, siendo la pena, la prevista para el tipo de delito contra la vida en su mitad superior, por lo tanto, distinta, según se trate de homicidio doloso o asesinato, lo que nos hace aseverar que el legislador ha querido en este precepto, preservar el principio de culpabilidad, discerniendo entre los diferentes ámbitos de responsabilidad criminal para el caso de provocar la muerte a otro u otros sujetos con móvil terrorista. Otra solución hubiese sido entender que el asesinato es un tipo autónomo⁴⁹⁸ y por lo tanto sostener que en el término <<homicidios>> no está comprendido por lo que nos abocaría a calificar una hipotética conducta con resultado de muerte, realizada al margen de una banda armada, organización o grupo terrorista, como constitutiva de homicidio de este art. 577, y acudir a la Parte General del C.P. para aplicar las circunstancias agravantes genéricas que cualifiquen la conducta, previstas en el art. 22.1ª, alevosía; 3ª, precio,

⁴⁹⁸ Sobre toda esta cuestión *vid.* ALONSO DE ESCAMILLA, A. *Del homicidio...*, op. cit., pág. 49.

recompensa o promesa; y 5ª, ensañamiento, con la aplicación de la pena según las reglas 3ª y 4ª del art. 66.

2. El delito de lesiones.

El delito de lesiones cometidas por un sujeto al margen de una asociación terrorista, sanciona las tipificadas en los arts. 147 a 150, es decir, el tipo básico de lesiones, el atenuado o privilegiado, los agravados o cualificados, y en función del resultado, como es << la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, una grave enfermedad somática o psíquica>> o <<la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad>>.

El principal problema que plantea este modo de conformar el precepto es en lo concerniente a su diferenciación con la tentativa de homicidio o de asesinato, al realizarse estos hechos al margen de una banda armada, organización o grupo terrorista, lo que en principio ya puede ser no una presunción de la intención homicida del sujeto activo, pero sí un indicio racional para el operador jurídico del ánimo del sujeto, en el sentido en que la cobertura de la asociación terrorista muestra el alcance de sus actos y por la idoneidad de esos medios delictivos empleados, susceptibles o no de causar la muerte o lesiones en función de su capacidad para producir estos resultados, por lo que, si efectivamente no queda constatado la existencia del ánimo del sujeto activo de causar la muerte a otra persona, se debe averiguar, en cada caso concreto, la efectiva intención del autor de los hechos para su correcta calificación jurídica.

Demostración de estos argumentos lo encontramos en la S.A.N. 30/2000, de 5 de junio, (R.J. 2000\268555), causa en la que el Ministerio Fiscal calificó los hechos como un delito de terrorismo del art. 577, en relación con el art. 346, y un delito de homicidio en grado de tentativa del art. 138 en relación con los arts. 16 y 62 del Código Penal. El Tribunal no apreció que de las pruebas practicadas se evidenciara en los acusados el querer matar, pero quedó como hecho acreditado que el conductor del

autobús incendiado en este caso, había sufrido lesiones subsumibles en el art. 147 en relación con el art. 148.1º, pues se utilizó un objeto peligroso para la salud física del lesionado, con repercusiones en su salud psíquica y, aun cuando se hubiere podido estimar, que no fueron directamente queridas por los acusados, es evidente que, tratándose de incendiar un autobús con el conductor en su interior, el detrimento de la integridad corporal de éste era, al menos, aceptado, por lo que se condenó a los acusados como autores penalmente responsables de un delito de terrorismo en relación con un delito de incendios (no de estragos), y de un delito de lesiones (no de homicidio en grado de tentativa)⁴⁹⁹, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de quince años y un día de prisión por el delito de terrorismo, y a la pena de dos años de prisión por el delito de lesiones consumadas. Se hace evidente apreciar que en esta sentencia, el tribunal ha calificado y sancionado los hechos, aplicando los criterios apuntados anteriormente, de constatación de la intención de los sujetos mediante indicios racionales, entre otros⁵⁰⁰, que muestran el alcance de sus actos, por la idoneidad de esos medios delictivos empleados para causar o no la muerte o provocar lesiones. Como no quedó probada la existencia de ánimo de los procesados de causar la muerte a otra persona, se les absolvió del delito de homicidio en grado de tentativa, por el que venían siendo acusados y en cambio fueron condenados por el de lesiones que efectivamente sí había quedado verificado que contemplaban en sus ánimos delictivos, en definitiva, que tenían dolo de lesionar y lesionaron.

Del ámbito típico de este precepto quedan excluidas las lesiones constitutivas de falta del art. 617.1, que como advertimos en su momento, sí se encuentran sancionadas como terrorismo en el art. 574, si los sujetos están integrados en una asociación terrorista, hecho que puede resultar de difícil justificación, por las razones apuntadas cuando estudiamos esa materia, a la que nos remitimos.

Respecto a la penalidad, este art. 577, observa los principios de culpabilidad, de proporcionalidad y de igualdad en las penas, al castigarse con la pena

⁴⁹⁹ Como solicitaba el Fiscal.

⁵⁰⁰ Nos referimos a los criterios doctrinales y jurisprudenciales clásicos, (que no van a ser objeto de estudio en esta investigación por trascender el ámbito de la misma), de distinción entre el dolo del sujeto de causar la muerte o el dolo de causar lesiones, para la correcta calificación de los hechos como un delito de homicidio en grado de tentativa o lesiones consumadas.

correspondiente a la lesión cometida, en su mitad superior. Distinción que debería haber realizado el legislador en el art. 572.1, que prevé, como conocemos, una única sanción, para las diferentes modalidades de lesiones de los arts. 149 y 150.

3. Los delitos de detención ilegal y de secuestro.

Las detenciones ilegales y los secuestros son unas figuras delictivas que se ejecutan normalmente dentro del seno de las asociaciones terroristas, exigiendo los autores, en casi todos los casos, rescate u otra condición, por lo que nos encontraremos frente a secuestros del art. 572.1.2º, en la mayoría de las ocasiones en que se perpetran estos tipos de delitos. Pero ello no es óbice para que sea posible cometer estos delitos contra la libertad sin pertenecer a una banda armada, organización o grupo terrorista, sin embargo, esto no sucederá frecuentemente en el caso terrorista, debido a que la asociación ilícita es la que presta la cobertura, la logística y la intendencia para la realización de estas acciones, presentándose harto difícil consumir con éxito el delito de secuestro al margen de elemento estructural alguno, siendo menos complicado en el caso de la detención ilegal, al no requerir ningún tipo de condición para su perfección delictiva y posterior liberación del privado de libertad.

En cuanto a la conducta, concebimos factible ejecutar tanto el tipo básico del delito de detención ilegal como los tipos privilegiado o atenuado y cualificado o agravado previstos en el art. 163 del C.P., pero no parece razonable cometer, con finalidad terrorista, el tipo privilegiado del número cuatro de este artículo, en el que se prevé la conducta de detener a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad fuera de los casos permitidos por las leyes. De forma similar, son aplicables también los arts. 165 y 166⁵⁰¹, suponiendo éste último una presunción *irustantum*, que

⁵⁰¹ El art. 165 sanciona con la pena prevista en los artículos anteriores en su mitad superior, la detención ilegal o el secuestro ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o si la víctima fuere menor e edad o incapaz o funcionario público en el ejercicio de sus funciones; y el art. 166 con las penas superiores en grado si el reo de detención ilegal o secuestro no da razón del paradero de la persona detenida, salvo que la haya dejado en libertad.

debería haber sido regla de manera distinta en el nuevo C.P., de forma que hubiese sido posible ponderar el principio de culpabilidad en este tipo de auténtica sospecha.

Por lo que respecta a la culpabilidad y las formas de participación, no experimentan en estos supuestos ninguna alteración. Sobre el grado de ejecución del delito, al ser este de mera actividad, es apreciable la tentativa, incluso y de forma, más teórica que real, tanto la acabada como la inacabada. Y en lo referente a la penalidad, hay que efectuar las anteriores consideraciones relativas a la observancia del principio de culpabilidad, en comparación con el art. 572.1.

4. Los delitos de amenazas y de coacciones.

Los delitos de amenazas y coacciones son formas representativas de exteriorización de la actividad del terrorista y son del mismo modo, como los anteriores, delitos contra la libertad. En el supuesto de las amenazas se suscita el mismo problema que en el art. 572.3º, en el sentido de cómo interpretar el alcance típico de las mismas, si restrictivamente, por lo que, sólo serán amenazas terroristas las que consistan en amenazar con un mal constitutivo de delito del art. 169, y dentro de éstas únicamente las condicionales, art. 169.1º, o extensivamente, incluyendo también las no condicionales, art. 169.2º, o asimismo las amenazas de un mal no constitutivo de delito, art. 171, o incluso las leves que comprenderían la falta del art. 620.1º. Nos inclinamos a favor de considerar que sólo deberían entrar en este ámbito delictivo, las más graves, es decir, las amenazas de un mal constitutivo de delito y exclusivamente las condicionales, otra interpretación entraría en el ámbito extensivo.

Creemos que el concepto que tiene el T.S. sobre la idoneidad del cumplimiento de la condición es erróneo, ya que en S.T.S. 149/2007, de 26 de febrero, que resuelve el Recurso de casación nº. 11281/2006 P, caso De Juana Chaos, afirma que la condición impuesta por el procesado:

<<de que las instituciones del Estado español se marchen del País vasco dejando todos sus poderes y entidades públicas en manos de un Estado vasco independiente>> es <<una condición imposible de cumplir ni por tales grupos amenazados ni por nadie>>.

Es obvio que es de posible cumplimiento, basta para ello con reformar la Constitución española de 1978, convocar un referéndum de autodeterminación y a resultas del mismo cumplir la condición, entregando el poder político y administrativo a un gobierno vasco independiente, por lo que acierta el Magistrado Sánchez Melgar en su voto particular al decir que:

<<la dificultad e incluso imposibilidad momentánea del cumplimiento de los exigido por el que amenaza, no convierte a la amenaza en no condicional, como no ocurriría en el caso de que los padres o familia de un secuestrado no pudieran satisfacer, por el momento, las exigencias pedidas por los secuestradores>>.

De imposible cumplimiento sería si hubiese exigido que se entregase el poder y las entidades públicas del País vasco a un Estado “catalán o andaluz” independiente.

Al mismo tiempo, el mal con el que se amenaza, debe tener entidad suficiente para que ciertamente lesione el bien jurídico protegido, tanto el individual, la libre formación de la voluntad y el sentimiento de tranquilidad⁵⁰², como el colectivo, por lo que nada más deben contenerse las condicionales, quedando al margen las no condicionales, y por supuesto las leves que serían constitutivas de falta. Para no extendernos en el análisis de esta Sentencia, señalar que el procesado en su artículo no vierte amenazas, ya que la inicua metáfora de la amputación de las manos es imprecisa y se dirige a personas no concretas, ni individual, ni colectivamente, sino que lo que hace es proferir una serie de *ex abruptos*, improperios, insultos, descalificaciones, injurias, agravios, ofensas y calumnias a funcionarios del Estado, que podían haber sido perseguidas como tales, pero que no se hizo, por lo que no pudieron ser sancionadas⁵⁰³. En definitiva o se le condena por amenazas condicionales o se le absuelve, pero no

⁵⁰² REQUEJO CONDE, C. *El nuevo delito de amenazas...*, op. cit., marg. 661. Según esta autora, para que la amenaza sea idónea, se debe poner la libertad del amenazado en concreto peligro, entendido éste, en el sentido en que el sujeto crea y tema la producción del mal con el que se le amenaza. Si no se da este requisito, no tendría la gravedad suficiente que precisa el tipo penal.

⁵⁰³ Vid el voto particular a la Sentencia del Magistrado Andrés Ibáñez.

caben términos medios de condenarle por amenazas no condicionales y enredar además con el art. 578.

Hay que considerar asimismo la regulación que se encuentra fuera de esta Sección 2ª <<De los delitos de terrorismo>> que estamos estudiando, en concreto en el art. 170, donde se prevén penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior, el supuesto en que: <<Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, o a un grupo de personas y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo>>, precepto que será de aplicación en casos de amenazas al margen de cualquier finalidad de tipo terrorista. Se hace preciso señalar, que este propósito de atemorizar, puede constituir uno de los fines de la actividad de los sujetos al margen de una organización terrorista, pero en realidad, lo que parece ser, es una consecuencia de cualquier acción delictiva realizada de forma sistemática o habitual; por lo tanto, para que se pueda aplicar esta norma se precisa que se dé el elemento teleológico, aunque este tipo agravado sólo entrará en juego cuando se constate el propósito de atemorizar que exige el precepto y no en otro caso. La nueva finalidad de este art. 577 de <<contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional>>, no es óbice para considerar que las amenazas en sí mismas no requieren la efectiva atemorización, sino lo que precisan es que objetivamente tengan entidad para lograrla.

Otro problema que esboza la redacción de este precepto es que los conceptos que utiliza el legislador, con la excepción de <<habitantes de una población>>, plantean dificultades de interpretación, por lo que para su delimitación acudiremos al D.R.A.E.⁵⁰⁴ Podemos entender por <<grupo étnico>>, la pluralidad de personas que forman un conjunto, material o mentalmente considerados, y que pertenecen a una nación, raza o etnia, entendida como comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüísticas o culturales, como puede ser la etnia gitana. El <<grupo cultural>> lo debemos concebir como aquella pluralidad de personas que están unidas por conocimientos humanos y por medio del ejercicio de facultades intelectuales, es decir, por un conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial o deportivo, encaminados al pleno desarrollo de las facultades corporales y de

⁵⁰⁴ Diccionario de la Real..., op. cit., págs. 749, 653, 440, 441, 1250, 357 y 1186.

manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo, por lo que dentro de este grupo de personas tendrán cabida cualquier tipo de asociación cultural, como por ejemplo, una agrupación de amigos de un museo. El <<grupo religioso>>⁵⁰⁵ será aquella pluralidad de personas que profesan creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales, principalmente la oración y el sacrificio para darle culto, entrando en este supuesto, como muestra, los testigos de Jehová. Siendo el <<colectivo social>> la agrupación de individuos que constituyen una unidad distinta de cada uno de ellos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o alguno de los fines de la vida, imaginemos un colectivo de usuarios de un transporte público. Un <<colectivo profesional>> es aquella agrupación de personas que practica habitualmente una actividad, incluso pudiera ser delictiva, aunque entendida como facultad u oficio que una persona tiene y ejerce con derecho a retribución, como es un colectivo de trabajadores o de empresarios de cualquier sector.

Y por último, el más controvertido de todos, <<cualquier otro grupo de personas>>, que pone de manifiesto la voluntad del legislador de no dejar a nadie fuera de la protección de este precepto, pero que a su vez genera inseguridad jurídica y falta de certeza de la norma, configurándose como un tipo abierto, necesitado de modulación por parte del operador jurídico, y que en definitiva será en sede judicial donde se determine su contenido; por lo que al margen de estas apreciaciones, podemos entender por cualquier otro grupo de personas, la pluralidad de individuos que forman un conjunto, material o mentalmente considerado, que se relacionan entre sí conforme a determinadas características, como en la práctica es, un grupo de presión, como conjunto de personas que, en beneficio de sus propios intereses, influye en una organización, esfera o actividad social.

El punto dos de este artículo prevé una pena de prisión de seis meses a dos años⁵⁰⁶, para los sujetos que con la misma finalidad y gravedad del punto anterior, -amenazas de un mal que constituyere delito dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a

⁵⁰⁵ Vid PRIETO SANCHÍS, L. *Las minorías...*, op. cit.

⁵⁰⁶ Pena de prisión excesiva y desproporcionada para la gravedad del delito, que ha sido introducida por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

cualquier otro grupo de personas, y tuvieren la gravedad necesaria para conseguirlo-, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, lo que plantea un problema de deslinde con el artículo que estamos estudiando.

En primer lugar⁵⁰⁷, este tipo del art. 170.2 se aplicará en los supuestos en que se amenace a una pluralidad de sujetos; en segundo lugar, y de forma análoga a como sucede en el art. 577, el sujeto activo de este delito no tiene que pertenecer, colaborar o actuar al servicio de bandas armadas o organizaciones o grupos terroristas, es, por lo tanto un *extraneus*; en tercer lugar, aquí se especifican las amenazas que deben ser constitutivas de delito y dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieren la gravedad necesaria para conseguirlo, o que con esta misma finalidad o gravedad reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; y en cuarto y último lugar, se requiere, en ambos tipos, <<amenazar>>, o como lo define el D.R.A.E.⁵⁰⁸, dar a entender con actos o con palabras que se quiere hacer algún mal a otro, dirigido a <<atemorizar>> o causar temor, y por “temor”, hay que entender, pasión del ánimo, que hace huir o rehusar las cosas que se consideran dañosas, arriesgadas o peligrosas, y también recelo de un daño futuro; con la diferencia que la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, no se requiere expresamente en el art. 170.2, aunque en este supuesto de reclamar públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, pueda estar presente en el ánimo del autor, pero no es un elemento integrante del injusto, aunque comparta los mismos objetivos. En todo caso, con la introducción en el art. 577 del nuevo elemento teleológico de <<contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional>> los ámbitos de aplicación típica son similares entre este art. 170.2 y el art. 577, por lo que nos decantamos por la aplicación del principio de especialidad y el de consunción o absorción del art. 8.1ª y 3ª, dejando el art. 577 para los casos de amenazas terroristas con la finalidad de atemorizar a un grupo humano, pero sin reclamar la ejecución de actos violentos. Y, realmente en la práctica, ¿cómo podemos discernir qué casos son

⁵⁰⁷ REQUEJO CONDE, C. *El nuevo delito de amenazas...*, op. cit., marg. 663 a 659.

⁵⁰⁸ Diccionario de la Real..., op. cit., págs. 89 y 156.

unos y cuáles son otros?, una vez más nos hallamos ante una incoherencia del legislador, que en su afán de sancionar todas las situaciones posibles e imaginables, solapa ámbitos típicos semejantes, que prueban que la introducción de la nueva finalidad en el art. 577, no era necesaria y que con los tipos comunes hubiese encajado la realidad delictiva sobre terrorismo.

Las coacciones terroristas, no presentan ninguna peculiaridad respecto de las amenazas, exceptuando las especiales características entre ambos delitos comunes, por lo que es de aplicación lo referido de éstas para aquéllas. En la práctica, el operador jurídico, deberá observar siempre en la aplicación de este tipo de amenazas y de coacciones terroristas una sujeción estricta al principio de legalidad en materia penal, considerando únicamente como terroristas, las amenazas y coacciones que tengan la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, ya que muchas de estas conductas se llevan a cabo por motivos políticos o sindicales⁵⁰⁹, al margen de finalidad terrorista alguna y su incriminación debe realizarse por los tipos comunes de los arts. 169 a 172, precepto este que, en su último párrafo, establece un tipo agravado o cualificado <<cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental>>, por lo que se hace necesario, que debido a la cantidad de situaciones en las que en estas acciones se pueden encontrar implicadas motivaciones políticas, exigir una escrupulosa aplicación de la normativa antiterrorista, para que solamente se aplique ésta cuando realmente se den las finalidades sabidas y no otras, de otro tipo como el político.

Por lo que se refiere a la penalidad, volver a realizar los precedentes comentarios sobre la mayor garantía de aplicación del principio de culpabilidad, en cotejo con el art. 572.1, asimismo señalar que la agravación de las penas de los arts. 170.2, 171 y 172, efectuada por la reforma del C.P. mediante la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, ha exacerbado todavía más el tratamiento punitivo de estos delitos cometidos al margen de asociación alguna.

5. Los delitos de incendios y de estragos.

⁵⁰⁹ LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico..., op. cit., pág. 272.

Los delitos de incendios y estragos son las únicas infracciones contra la seguridad colectiva expresamente recogidas en el artículo 577 del C.P., y limitadas a las conductas tipificadas en los arts. 346 y 351, no abarcando el resto de los delitos de incendios y estragos descritos en otros tipos penales del Título XVII del Libro II del C.P.; conclusión a la que llegamos, basándonos en una interpretación sistemática, ya que son las mismas acciones sancionadas en el art. 571, cuando las realizan sujetos que pertenecen, actúan al servicio o colaboran con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, y en que la actividad terrorista siempre ha utilizado estos medios para procurarse sus fines ilícitos.

Para poder aplicar este tipo del art. 577, en relación con los arts. 346 ó 351, se requiere que se haya producido efectivamente un peligro para la vida o integridad de las personas, si no ha existido este riesgo, podremos aplicar igualmente este precepto, pero en relación con los delitos de daños de los arts. 263 a 266, 323 ó 560, que estudiaremos a continuación, excepto, claro está, en el supuesto en que el sujeto tenga relación con una asociación terrorista, caso en el que se aplicará el art. 574 del C.P. en relación con los daños del art. 266.

Si entramos en el análisis jurisprudencial de estas figuras comprobamos que la S.T.S. 786/2003, de 29 de mayo, (R.J. 2003\4242), casó la S.A.N. 5/2002, de 7 de marzo, (R.J. 2004\253261), que condenaba por el delito de colaboración con banda armada previsto en el artículo 576 del Código Penal y por el delito continuado de terrorismo referido a daños e incendio terroristas de los arts. 351 en relación con el art. 577 del C.P., afirma este Tribunal que:

<<el delito de incendio es de naturaleza abstracta siendo un delito de peligro que sólo exige la puesta en peligro para la vida o integridad de las personas... S.T.S. 1284/98, de 31 de octubre, (R.J. 1998\8114)>>.

Sancionando los hechos por el art. 351 del Código Penal en relación con el art. 577, ya que según su último inciso, corresponderá la aplicación de la pena prevista al hecho cometido en su mitad superior, en concreto, tratándose de un delito de incendio

perpetrado en el marco de una actuación terrorista, procedería la imposición de la pena de aquel delito en su mitad superior, lo que para el T.S. supone un plus de gravedad en sintonía con el plus en que consiste la vinculación de este delito a la actividad terrorista. El art. 351 tiene prevista una pena entre diez y veinte años de prisión, por lo que la mitad superior se sitúa entre quince y veinte años de prisión. En el asunto enjuiciado, conjuntamente concurría otra agravación fruto de la continuidad delictiva, la imposición de la pena en su mitad superior, en aplicación del art. 74.1º del C.P., lo que llevó al órgano sentenciador a imponer una pena situada entre los diecisiete años y seis meses de prisión a los veinte años, efectuando la rebaja en un grado según se acordó en la sentencia de instancia, lo que la sitúa en ocho años y nueve meses de prisión, frente a la pena de cinco años que, incorrectamente, se fijó por la Audiencia Nacional.

La S.T.S. 1635/2001, de 19 de septiembre, (R.J. 2001\7856), ratificó la Sentencia de la A.N., que condenaba al recurrente como autor de un delito de incendio terrorista de los arts. 351 y 577 del Código Penal, expresándose en los siguientes términos (que afirman la condena cuando se ha creado un peligro para las personas con la concurrencia de cualquiera de los dos elementos finalísticos):

<<El art. 577 del Código Penal establece una agravación de la consecuencia jurídica prevista para determinadas conductas delictivas, concretamente el incendio, para quienes actúan con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, añadiendo un requisito negativo, la no pertenencia a bandas organizadas o grupos terroristas. Es decir, la agravación se contempla sin necesidad de pertenecer a banda armada aunque con una finalidad concreta en su acción. El hecho probado recoge literalmente que el acusado y otras personas “decidieron realizar una actuación de lucha callejera, que alterase la tranquilidad pública y afectase a intereses económicos”, añadiéndose en el fundamento jurídico primero que este tipo de acciones crean temor y alarma entre los ciudadanos, y en el segundo que la conducta supone una perturbación grave de la paz pública generando un peligro para las persona que habitaban en el edificio y para cualquier transeúnte>>⁵¹⁰.

En cambio, no es posible castigar por este tipo del art. 577 si concurre el elemento estructural, así la S.T.S. 73/1999, de 8 de marzo, (R.J. 1999\1299)⁵¹¹, estimó

⁵¹⁰ En igual sentido la S.T.S. 37/2000, de 10 de julio, (R.J. 2001\2842).

⁵¹¹ Para su estudio consultar a CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. Código Penal. Doctrina y jurisprudencia, Trivium, Madrid, 2000, pág. 674; y a CLIMENT DURÁN, C. *De los delitos de terrorismo*, en Código Penal con jurisprudencia sistematizada y legislación complementaria, Tirant lo

que no era procedente calificar los hechos como un delito continuado de terrorismo del art. 577, en concurso con el delito de estragos del art. 346, porque los procesados se encontraban encuadrados en la organización terrorista E.T.A., por lo que subsumió la conducta en el art. 571.

Por su parte la S.A.N. 25/2001, de 8 de noviembre, (R.J. 2002\81549), condenó a los acusados como autores de un delito de incendio terrorista en grado de tentativa, previsto en el art. 577 del Código Penal, en relación con el artículo 16, a la pena, para cada uno de ellos, de cinco años de prisión, basándose en que el:

<<artículo 577 ya mencionado señala que serán castigados los autores de los hechos de previstos en ese tipo penal con la pena que corresponde al hecho cometido, en su mitad superior. A su vez, el artículo 351 señala que los que provocaren un incendio que comporte peligro para la vida de las personas serán castigados con la pena de prisión de diez a veinte años. Los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendida la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho. No es aplicable la estimación prevista en el final del artículo, por cuanto efectivamente la gravedad del peligro causado en este caso es muy elevada, teniendo en cuenta que el incendio, causado en los bajos del edificio, podría haberse extendido a todo el inmueble, con el consiguiente riesgo de peligro de la vida de todos sus ocupantes.

Por consiguiente, el tipo básico es de diez a veinte años, que por virtud del artículo 577 debe imponerse en su mitad superior, es decir de quince a veinte años. Al hallarse el delito en grado de tentativa, por aplicación del artículo 16, es aplicable el contenido del artículo 62 del Código Penal, que permite imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado en la extensión que se estime adecuada. La pena inferior en grado a la pena de quince años oscila entre siete años y medio y quince, y, a su vez, la pena inferior en dos grados oscila entre tres años y nueve meses y siete años y seis meses.

Habiéndose interesado por el Ministerio Fiscal la pena de cinco años, que se encuentra comprendida entre los límites de la inferior en dos grados a la señalada por la pena prevista, procede efectivamente hacer imposición de la pena interesada por el Ministerio público. A su vez, el art. 56 del Código Penal señala que en las penas de prisión de hasta diez años los Jueces y Tribunales impondrán

blanch, Valencia, 2001, pp. 776 a 787. El T.S., en esta sentencia, afirma que los estragos comportan necesariamente peligro para la vida o integridad de las personas unido a la acción destructiva.

atendiendo a la gravedad del delito como penas accesorias algunas de las siguientes: suspensión de empleo o cargo público, y inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria comercio o cualquier otro derecho, si estuvieran en relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación. Pues bien, es claro que dada la naturaleza del delito enjuiciado que buscaba precisamente alterar la paz pública y subvertir el orden constitucional, la pena accesoria procedente en este caso es la privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena>>.

Como ya señalamos en la exégesis del art. 571, el delito de incendios del art. 351 para entenderse consumado no es preciso que haya causado la combustión de la cosa, en este caso ardieron los bajos del edificio, por lo que no es de consideración la atenuante prevista en el último inciso de su primer párrafo: <<Los Jueces y Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendidas la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho>>, ya que el incendio era susceptible de extenderse a todo el inmueble, provocando un peligro para la vida de sus ocupantes, por lo que hay que discernir en la aplicación de este precepto, entre el grado de consumación alcanzado y el efectivo peligro para la vida o integridad de las personas.

La citada S.A.N. 30/2000, de 5 de junio, (R.J. 2000\268555), condenó a los acusados como autores de un delito de terrorismo del art. 577 en relación con uno de incendios del art. 351, por utilizar garrafas de gasolina para quemar un autobús causando lesiones al conductor, para protestar por la huelga de hambre que seguían los presos de la banda terrorista ETA. La Sala efectúa la distinción entre los delitos de estragos y los de incendios basándose en que los primeros requieren emplear medios que sean susceptibles de provocar una explosión y los segundos sólo la combustión:

<<el delito de terrorismo definido se encuentra relacionado con un delito de incendios, previsto y penado en el art. 351 del C. Penal de 1995. De las pruebas expuestas, el incendio provocado en el interior del autobús creó un riesgo para la vida o integridad física del conductor del vehículo, dándose en consecuencia el elemento tipificador del tipo de delito de incendios que nos ocupa. El que no se considere como un delito de estragos (art. 396) y sí como un delito de incendios, obedece a que los medios empleados por los acusados, en cuanto a su capacidad destructiva, no eran los propios para causar explosión, y sí la combustión del bien sobre el que se arrojaron>>.

Para concluir con este examen jurisprudencial, la A.N. se declara competente en el Auto de 11 de mayo de 2000, para conocer de unos hechos subsumibles a priori en el art. 577, realizados por cinco sujetos que venían siendo acusados de incendiar una cabina de Euskotren, calificándolos como de terrorismo impropio por su indudable vocación de violencia política al intentar subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública; con la problemática que plantea, según la doctrina, con la distinción con los desórdenes públicos, lo que llevó a uno de los Magistrados a emitir un voto particular⁵¹².

Es necesario por parte de los tribunales que no se amplíen las modalidades de conducta delictiva de estos tipos, observando una escrupulosa verificación en cada supuesto del que conozcan, del efectivo peligro para la vida e integridad de las personas, así como la concurrencia de la finalidad terrorista, en la medida que la indeterminación que ha supuesto la inclusión de otro elemento teleológico más, pueda acarrear una cierta inseguridad jurídica, unida a la mala redacción y sistemática de la regulación de los tipos de riesgo catastrófico, lo que permitiría que ciertas conductas que hasta ahora eran calificadas y sancionadas como constitutivas de tipos comunes, pudieran ser castigadas como de terrorismo, vulnerando gravemente los principios elementales del Derecho penal y los derechos de los acusados.

6. El delito de daños.

⁵¹² LAMARCA PÉREZ, C., *Delitos contra...*, op. cit., pág. 695, para esta profesora <<cabrá seguir calificando como terrorismo la violencia callejera característica de Euskadi aunque... muchos de estos hechos se han juzgado como delitos de desórdenes o daños por la jurisdicción común (en este mismo sentido el Voto particular discrepante del Magistrado de la A.N. De Prada Solaesa al Auto de 11 de mayo de 2000 dictado por la Sección Segunda de lo Penal denegando la declinatoria a favor de la jurisdicción ordinaria que se solicitaba), pero también cabrá calificar como terrorismo otros casos que por la habitualidad con que se realicen o por afectar a un determinado colectivo produzcan la atemorización de los ciudadanos a que hace referencia la nueva redacción del precepto y, en definitiva, habremos perdido por completo el valor de la seguridad jurídica en esta materia porque no podremos saber de antemano qué tipo de conductas se encuadran bajo la calificación de terrorismo>>.

Introducido por la L.O. 7/2000, de 22 de diciembre⁵¹³, se refiere a los daños⁵¹⁴ comprendidos en los artículos 263 a 266 y 323 ó 560, es decir, a los causados en la propiedad ajena y que no sean ni incendios ni estragos de los arts. 346 ó 351 analizados anteriormente, en los que concurre peligro para la vida o integridad de las personas, circunstancia que no debe darse en este caso.

Para Mestre Delgado⁵¹⁵ <<los daños... son delitos contra la propiedad, con la única excepción de la figura, especial, de los causados en determinados bienes propios, del artículo 289... Son delitos de resultado... de perjuicio económico en el propietario del bien dañado... tipos abiertos, en los que la conducta típica puede integrarse de innumerables maneras, reconducibles todas ellas a un genérico concepto de deterioro, menoscabo, inutilización o destrucción, total o parcial, de los bienes>>.

Se enumeran en este precepto, los diferentes tipos comunes, como el art. 263, tipo básico y residual; el art. 264 que es el tipo agravado o cualificado de daños en propiedad ajena; el art. 265 que sanciona los daños graves en bienes de uso militar; el art. 266 que castiga, con diferente pena, al que cometiere los daños previstos en los arts. 263, 264, 265, 323 ó 560, mediante incendio, o provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas; el art. 323 que tipifica los daños en archivos, registros, museos, bibliotecas, centros docentes, gabinetes científicos, instituciones análogas o bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos; y el art. 560 que se refiere a los daños que interrumpan, obstaculicen o destruyan líneas o instalaciones de telecomunicaciones o la correspondencia postal, vías férreas o circulación ferroviaria, conducciones o transmisiones de agua, gas o electricidad.

⁵¹³ Comenta esta ley BERNAL DEL CASTILLO, J. *Observaciones en torno...*, op. cit., pág. 1631, quién dice que amplía el ámbito de conductas para cualquier delito de daños. Asimismo, MUÑOZ CONDE, F. *Delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 906.

⁵¹⁴ GARCÍA VALDÉS, C. *Derecho Penal práctico, Parte Especial*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, pág. 287, define dañar como: <<destruir, inutilizar, alterar, deteriorar, desfigurar, degradar, causar un perjuicio físico, en fin, a las cosas>>; y BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª edición, Ariel, 1991, pág. 216, como: <<toda destrucción, deterioro o menoscabo de cosas ajenas>>.

⁵¹⁵ MESTRE DELGADO, E. *Delitos contra el patrimonio...*, op. cit., pág. 289.

Como hemos subrayado el art. 266 fue reformado por la L.O. 7/2000, de 22 de diciembre, con un aumento importante de las penas y con una extensión de los supuestos típicos, lo que en la práctica ha originado que se sancionen con mayor pena los daños cometidos con fines terroristas, la llamada “kale borroka”, es decir, los del art. 577 en relación con el art. 266, con la circunstancia de que el punto cuatro de este artículo prevé una cualificación, la pena en su mitad superior, para los supuestos en que éstos se realicen mediante los mencionados incendios o las explosiones referidas, o utilizando otros medios de similar potencia destructiva, y al mismo tiempo, se pusiera en peligro la vida o la integridad de las personas, remitiéndose al art. 351 en caso de incendio, enviándonos éste y el art. 346 a su vez, al 266, cuando no concurra el peligro para la vida o la integridad física. Problemas concursales, estos, que ha considerado la doctrina que plantean dificultades en su interpretación y en su aplicación con otros tipos penales por sus defectos legislativos. Siguiendo a Mestre Delgado⁵¹⁶ comprobamos que: <<Existe evidente concurso de leyes entre las figuras –residuales- de daños tipificados en este Capítulo IX y cada uno de los delitos específicos de daños tipificados en los artículos 321 y 323 (daños en bienes integrantes del patrimonio histórico), 346, 571 y 577 (estragos comunes y terroristas), 351 a 358 (incendios)... 557 y 560 (desórdenes públicos)... Este concurso se resuelve, en cada uno de estos casos, a favor de la norma específica, por exigencia del principio de subsidiariedad (artículo 8.2º del Código)>>.

El art. 266.4 es un tipo cualificado o agravado, que se aplica cuando los daños se causaren mediante explosiones o la utilización de otros medios de similar potencia destructiva, y además, se pusiera en peligro la vida o integridad de las personas, haciendo expresa remisión en caso de incendio al art. 351. Y a su vez, los arts. 346 y 351, estragos e incendios, se remiten al art. 266 cuando no concurra el peligro para la vida o integridad de las personas, lo que plantea un concurso de leyes cuya resolución vendría determinada por la aplicación el principio de especialidad del art. 8.1ª del C.P. La previsión que hacen los artículos analizados, no era necesaria, si pensamos que para la realización de los estragos y de los incendios es preciso que se dé un riesgo para la vida o integridad de las personas, y si éste no se produce, pero se verifica el resultado de daños, se aplicaría el art. 266 directamente, aun sin esa remisión expresa. Por lo tanto, el

⁵¹⁶ MESTRE DELGADO, E. *Delitos contra el patrimonio...*, op. cit., pág. 298.

delito del art. 346 –estrágos- y el delito del art. 351 –incendios- son especiales respecto al delito del art. 266 –daños-.

Si se provocan resultados lesivos contra la vida e integridad de las personas, entrarían en juego las reglas del concurso real de delitos del art. 73, en virtud del art. 346, al establecer que <<si, además del peligro, se hubiere producido lesión para la vida, integridad física o salud de las personas, los hechos se castigarán separadamente con la pena correspondiente al delito cometido>>, por lo que lo único que se nos ocurre es entender, que estos envíos al art. 266 por parte de los arts. 346 y 351, no están dotados de eficacia alguna porque estos delitos precisan la puesta en peligro de la vida o de la integridad de las personas, por lo que no es necesaria tal remisión, en la medida en que si efectivamente el peligro no se origina, entraría directamente en juego el art. 266, demostrando la ociosidad de la misma.

El legislador ha querido que no quede ninguna posible conducta de daños sin sancionar, para ello ha introducido los subtipos agravados de los arts. 263, 264, 265, 323 y 560, que protegen bienes jurídicos diferentes -en los arts. 263 a 265 el bien jurídico protegido es el patrimonio, en el art. 323 es el patrimonio histórico, artístico, científico, cultural o monumental, y en el art. 560 el orden público- equiparando las sanciones para delitos que por poseer bienes jurídicos diferentes, prevén distintas penas para los tipos comunes.

Nos posicionamos en la tesis de que el delito de daños es residual, lo que ha querido el legislador es sancionar, por el tipo agravado o cualificado del art. 266, las acciones que provocan daños, y no por los arts. 263 a 265, y en el supuesto en que se provoquen éstos con finalidades terroristas, habrá que aplicar el art. 577 en relación con los delitos enumerados en este precepto, es decir, los arts. 263 a 266, 323 ó 560.

En el punto tres del art. 266 se sanciona con la misma pena de prisión de cuatro a ocho años supuestos que tienen diferente castigo en los tipos no cualificados, como son de dos a cuatro años de prisión en el delito del art. 265, de uno a tres años de prisión

y multa de doce a veinticuatro meses en el caso del art. 323 y de uno a cinco años de prisión en el art. 560. La penalidad es la misma para situaciones muy diferentes desde una óptica de reprobabilidad o reprochabilidad de la conducta, y de puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos desiguales, lo que nos permite afirmar que el legislador emplea unos criterios valorativos no muy afinados. Si un sujeto causa una explosión y se verifica una situación de peligro para la vida o integridad de las personas, se aplicará el art. 266, y en cambio, si el sujeto provoca la explosión, pero sin riesgo para la vida o integridad de las personas, aunque concurriendo el elemento teleológico o finalístico de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, habrá que sancionar la conducta por el art. 577, que prevé igual pena. El legislador claramente configura las penas en función del elemento subjetivo, equiparándolo con la puesta en peligro para determinados bienes jurídicos tan importantes como la integridad o la vida, y sin tener relación el sujeto activo con una asociación terrorista por lo que falta el elemento estructural u organizativo, es decir, el legislador ha querido imponer penas iguales al sujeto que con finalidad terrorista causa una explosión que origina daños materiales solamente, que al que provoca un peligro para la vida o la integridad de las personas.

En definitiva, opinamos como Mestre Delgado⁵¹⁷ sobre que <<la regulación del delito de daños es una de las peores de la que se contienen en el Código Penal de 1995>>, calificándola como de confusa, incoherente, dispersa y de mala sistemática, lo que provoca la dificultad de su exégesis, así como de su comprensión lo que suele determinar una deficiente aplicación de la norma, tanto en su cantidad –las normas mal elaboradas suelen utilizarse poco o menos de lo debido- como en su calidad –suelen sufrir de interpretaciones variadas y algunas no ajustadas exactamente al fin que ha querido el legislador para las mismas-.

La Sentencia del T.S. 1311/05, de 14 de octubre, (R.J. 2005\8072), que resuelve un recurso de casación a una sentencia condenatoria de la A.N. por daños terroristas, hace una análisis de los cuatro apartados del art. 266 en relación con los arts. 571 y 577 del C.P:

⁵¹⁷ MESTRE DELGADO, E. *Delitos contra el patrimonio...*, op. cit., pág. 289.

<< El artículo 266 que es el que sirve para regular la pena en su mitad superior, según la remisión que hace el artículo 577, tiene cuatro apartados. En el apartado primero establece una pena básica de prisión de uno a tres años por los daños causados mediante incendio o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas. El apartado segundo permite una pena de tres a cinco años y multa de 12 a 24 meses cuando se trata de los daños previstos en el artículo 264... El artículo 266.3º prevé una pena de cuatro a ocho años cuando los daños estén comprendidos en los artículos 265, 223 y 560 del Código Penal. Realizando de nuevo la lectura de los citados preceptos se comprueba que hacen referencia a daños causados en material de las Fuerzas Armadas o de Cuerpos de Seguridad del Estado, bienes de carácter histórico, artístico, científico, cultural o arqueológico y, finalmente, a los daños en líneas de telecomunicaciones, vías férreas o suministros de servicios básicos. La única remisión posible es la que se contempla a la última línea del artículo 266 al conectar la pena con el artículo 571 del Código Penal cuando, como sucede en el caso presente, se ha puesto en peligro la vida y la integridad física de las personas, aunque por la entidad del mismo y las demás circunstancias, la pena se puede imponer en el grado inferior, lo que permite abarcar los seis años de prisión impuestos>>.

Como podemos comprobar nuestros tribunales y la doctrina científica tienen que estar haciendo interpretaciones de los delitos de daños por su mala sistemática, por lo que sería aconsejable que en una próxima reforma del C.P., el legislador afronte este problema de una vez, realizando una nueva regulación de estos tipos, más ajustada a los criterios de una buena teoría de la legislación.

7. Los delitos de tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes.

Se sancionan en este inciso conductas como las de los artículos 563 a 570, y 573, pero estas últimas, cometidas al margen de elemento estructural alguno. La redacción actual es la que le dio la L.O. 7/2000, de 22 de diciembre⁵¹⁸, que ha permitido que la definición de la conducta típica y de los medios empleados ganen en claridad y precisión, sin que obviemos que se ha ampliado el abanico típico y se ha adelantado el contorno punitivo en exceso. Esta L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, efectuó una mínima variación de los arts. 566, 567 y 570, con la introducción de las armas biológicas como objeto material del delito, y la inclusión de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

La regulación sufre de ciertos defectos legislativos, así, no se concreta si debemos incluir la conducta descrita en el art. 573, para el supuesto de sujetos relacionados con asociaciones terroristas, consistente en <<la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados>>, que en principio, no estaría recogida en este precepto; otro tipo de acciones como, por ejemplo, el transporte de sustancias o aparatos explosivos, quedarían comprendidas en este tipo, siempre que el sujeto tuviese conocimiento de la naturaleza e ilicitud de la sustancia que transporta, en caso de no ser así, entrarían en juego las reglas, sobre error, del art. 14, sin embargo, no sería preciso que conociese el uso que se le va a dar a tales sustancias explosivas. Si bien, entendemos que esta interpretación es un contrasentido en la medida en que una conducta más grave como la colocación o empleo de sustancias explosivas, tendría que ser sancionada por los tipos comunes, y la menos grave de transporte de las mismas sustancias por este art. 577, con la pena en la mitad superior que prevea el tipo común, no obstante, no acertamos a proponer otra posible sin caer en mayores incongruencias.

⁵¹⁸ BERNAL DEL CASTILLO, J. *Observaciones en torno...*, op. cit., pág. 1631, para este autor, esta ley mejora la descripción de conductas incluidas anteriormente.

8. Cuestiones comunes a estas modalidades de conducta.

Las modalidades de conducta son las mismas que en los delitos comunes, pudiendo ser el sujeto activo cualquier persona, al no exigir el tipo que se tenga relación con una banda armada, organización o grupo terrorista, por lo que la especialidad está determinada en función del elemento teleológico, y respecto a los delitos terroristas en función del elemento estructural (aquí no se precisa) y del teleológico (al añadir una nueva finalidad), por lo demás, las conductas contra el patrimonio y las de colaboración no son objeto de este precepto.

Los diferentes delitos estarían consumados según el tipo común que se ejecute, pudiendo quedar en grado de tentativa acabada e inacabada. Hay supuestos en los que se perfecciona el delito con la puesta en peligro del bien jurídico colectivo, sin resultado alguno.

Por otro lado, sería conveniente, para una mejor sujeción al principio de lesividad en materia penal, que las acciones susceptibles de ser subsumidas en este precepto, tuviesen cierta idoneidad lesiva, suficiente como para considerarlas peligrosas, sobre todo pensando en la violencia callejera o “kale borroka”, que serán delitos de terrorismo individual cuando estos actos cumplan con los requisitos que exige el tipo, bien porque sean infligidos sobre un determinado grupo de personas o bien por la habitualidad con que se realicen, siempre que ocasionen la atemorización que requiere el tipo penal, ya que en otro caso estaremos ante un Derecho penal no del hecho, sino de autor.

VII. La relación entre el terrorismo individual y los desórdenes públicos del art. 557. Problemas de concurso.

La redacción dada a los arts. 577 y 557 (delito de desorden público) por la semejanza de sus ámbitos típicos, hace preciso distinguir ambos preceptos. El punto uno de este artículo establece que: <<Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, o invadiendo instalaciones o edificios, sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código>> y en el punto dos, que ha sido introducido por la L. O. 15/2003, de 25 de noviembre, se sancionan las conductas calificadas: <<Se impondrá la pena superior en grado a las previstas en el apartado precedente a los autores de los actos allí citados cuando éstos se produjeran con ocasión de la celebración de eventos o espectáculos que congreguen a gran número de personas. Con idéntica pena serán castigados quienes en el interior de los recintos donde se celebren estos eventos alteren el orden público mediante comportamientos que provoquen o sean susceptibles de provocar avalanchas u otras reacciones en el público que pusieren en situación de peligro a parte o a la totalidad de los asistentes. En estos casos se pondrá imponer también la pena de privación de acudir a eventos o espectáculos de la misma naturaleza por un tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta>>.

La doctrina científica, como De Prada Solaesa⁵¹⁹, ha venido a señalar que <<la consideración como terrorismo de situaciones de desórdenes públicos graves en los que falta el elemento finalístico y estructural u organizativo característico del delito terrorista, tal como hace el nuevo art. 577 que establece una agravación de la pena- y también hemos de considerar que hace a estas conductas susceptibles del tratamiento procesal especial previsto para los delitos terroristas- a los que sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista y con la finalidad... de alterar gravemente la paz pública, cometen alguno de los delitos que pormenorizadamente se expresan en el

⁵¹⁹ DE PRADA SOLAESA, J. R. *Delitos relacionados...*, op. cit., pp. 74 a 76.

referido precepto (homicidios, lesiones, etc.), con lo que se otorga la consideración de terroristas a los actos o situaciones confusas que describíamos y que hasta ahora o bien se las consideraba como desórdenes públicos del art. 246... (terrorismo menor) o a lo sumo, dependiendo de las concretas circunstancias, eran castigadas, en muchos casos de forma más que dudosa, como delitos de colaboración con banda armada en cuanto que se tratara de actos que coadyuvaran a los fines o medios de actuación de una concreta organización terrorista. Como tercer bloque de conductas podemos distinguir aquellas a las que nos hemos referido con anterioridad que no responden al modelo clásico de terrorismo, al no requerir el tipo penal que las prevé- art. 577- el elemento estructural u organizativo y si por el contrario la concurrencia del elemento teleológico o finalista de subvertir el orden constitucional o el inmediato de alterar gravemente la paz pública, lo que significa una importante ampliación del ámbito de lo terrorista y cuyos efectos probablemente se extiendan mucho más allá de lo inicialmente previsto por la doctrina, que interpreta que esta figura se refiere al llamado terrorismo individual>>. En el mismo sentido Campo Moreno⁵²⁰ afirma, sobre este artículo, que <<amplía la noción de terrorismo a situaciones nuevas de desórdenes públicos graves en los que no se atisba con tanta nitidez ni el elemento finalístico, ni el estructural u organizativo, característicos del delito terrorista, otorgando el calificativo de terrorista a actos o situaciones confusas que antes de la reforma no tenían más encuadre que en el delito de desórdenes públicos del art. 246 del C.P. derogado (denominado terrorismo menor)>>.

El terrorismo individual comparte con esta modalidad de desorden público una serie de coincidencias y a la vez de diferencias⁵²¹: en primer lugar, el sujeto activo es una persona que no está integrada en una asociación ilícita, sin perjuicio de que el desorden público requiere una actuación en grupo⁵²²; en segundo lugar, las modalidades de conducta, ya que el terrorismo individual, como sabemos, se realiza mediante la comisión de homicidios, lesiones de las tipificadas en los arts. 147 y 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, o los delitos de incendios, estragos, daños de los arts. 263 a 266, 323 ó 560, o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, mientras que

⁵²⁰ CAMPO MORENO, J. C. Represión penal..., pág. 40.

⁵²¹ TORRES FERNÁNDEZ, M.^a E. Los delitos de desórdenes..., op. cit., pág. 316.

⁵²² OLMEDO CARDENTE, M. *Los delitos de terrorismo...*, op. cit., pág. 144, para el que el art. 557 requiere la actuación en grupo por parte del sujeto activo <<normalmente manifestaciones colectivas>>.

el desorden público se perpetra mediante conductas que causan lesiones a las personas, daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen o invadiendo instalaciones o edificios, por lo que comprobamos que algunas de ellas son coincidentes y en cambio otras no; y en tercer lugar, la finalidad de atentar contra la paz pública⁵²³, si bien en el terrorismo individual se exige la finalidad de alterar gravemente la paz pública de forma alternativa con la finalidad de subversión del orden constitucional.

Estos preceptos, por lo tanto, podrán entrar en concurso de leyes o de normas penales, a resolver por el principio de especialidad de la regla 1ª del art. 8 del C.P., como ambos están en el mismo Título del C.P. <<Delitos contra el orden público>>, la norma especial es el art. 577, pues tipifica las conductas que realicen los sujetos que no pertenecen a banda armada, organización o grupo terrorista, con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública.

VIII. Consideraciones finales y críticas a este tipo delictivo.

Durante el desarrollo de esta Capítulo tercero, hemos puesto de manifiesto una serie de características de la modalidad delictiva que estamos estudiando. Si elaboramos una enumeración de las principales, podemos señalar, las siguientes:

- En cuanto al sujeto activo, será aquél que ni participa, ni colabora, ni pertenece a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, pero realiza estas acciones con idénticas finalidades.

- Las conductas son prácticamente las mismas que las de los artículos anteriores, es decir, constitutivas de delitos contra la vida humana independiente, contra la integridad y contra la salud física y psíquica de las personas, contra la libertad, contra la seguridad colectiva, contra el patrimonio, o contra el orden público.

⁵²³ Concepto que conocemos del Capítulo primero.

- El dolo requiere que se actúe con las finalidades alternativas de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, lo que no obsta a que el sujeto pueda perseguir una estrategia distinta a la de la organización incluso que ésta se muestre como contraria.

Numerosas han sido las críticas que se han elaborado sobre este precepto, aquí hemos citado algunas de ellas⁵²⁴, pero una de las más significativas es la de Gimbernat Ordeig⁵²⁵, por el ataque que realiza a esta figura por su falta de exigencia del elemento estructural, configurador de los delitos de terrorismo. El legislador ha establecido como *conditio sine qua non* que los sujetos activos de este delito deban estar aislados, lo que no quiere decir que no puedan ser una unión de sujetos- mera codelincuencia ocasional- pero, desde luego, sin llegar a formar una estructura, siendo imprescindible para poder aplicar el precepto, que el sujeto o sujetos activos posean una cierta estructura y capacidad operativa que les permita poner en peligro los bienes jurídicos colectivos - subversión del orden constitucional o alteración grave de la paz pública- protegidos en esta norma.

La finalidad de contribuir a los fines clásicos, atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, adultera el concepto legal del terrorismo, si bien, no tiene excesivos efectos por ser un resultado directamente relacionado con las finalidades clásicas y no una meta de las acciones terroristas, dejando entrever el criterio del legislador sobre el concepto de terrorismo y su idea de calificar como terroristas, conductas que hasta el momento eran meros delitos de desórdenes públicos, impidiendo una correcta conceptualización y delimitación del mismo.

Las acciones de terrorismo individual deberían ser sancionadas con la aplicación de los tipos comunes, quedando así suficientemente castigadas, ya que, desde

⁵²⁴ Como SORIANO SORIANO, J. R. *El terrorismo y...*, op. cit., pág. 189, donde afirma que <<es difícil encontrar un terrorista o terroristas por libre sin el respaldo de una organización, y quizás en la intensificación punitiva de las sanciones que corresponden a los delitos comunes, el legislador ha querido castigar a un terrorista, que por falta de pruebas, no se ha podido acreditar su inserción o colaboración con una banda organizada>>.

⁵²⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E. *La reforma de los delitos de terrorismo*, en Ensayos penales, 1999, pp. 84 a 87.

un punto de vista de política criminal, la justificación para penarlas por un tipo específico agravado no es de suficiente entidad como para crear un tipo autónomo que ha venido a introducir nuevos elementos de discrepancia en el concepto de terrorismo, que vician el significado de éste, y su independencia y separación del resto de figuras delictivas. Únicamente una banda armada, organización o grupo terrorista tiene entidad y capacidad para subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, poniendo con ello al Estado de Derecho en verdadero peligro. Para calificar un acción como terrorista debería acreditarse que su autor efectivamente con su hecho delictivo puso en evidente peligro la seguridad del Estado social y democrático de Derecho, y a la sociedad en su conjunto; circunstancias que tienen que quedar efectivamente constatadas por parte del operador jurídico, para esa acción concreta, en ese lugar determinado, en ese momento específico y sobre ese sujeto pasivo, si bien, basta con la puesta en peligro del bien jurídico colectivo protegido, sin que sea necesario que se materialice el resultado de lesión del orden constitucional o la paz pública, capacidad que sólo poseen las asociaciones terroristas y no sujetos aislados.

Es importante desde una perspectiva de dogmática jurídico penal, que el terrorismo sea un instituto jurídico totalmente separado de cualquier otro, por ser un fenómeno singular y de una importancia desgraciadamente extraordinaria en las sociedades actuales, pudiendo incluso llegar a competir con el legítimo orden establecido democráticamente y con el aparato del Estado. Se hace preciso delimitar estos delitos de terrorismo para que no puedan recibir esta calificación, ni este castigo, otras modalidades de conducta similares pero de inferior entidad, para que el Estado social y democrático de Derecho se pueda presentar ante el conjunto de la ciudadanía con total legitimación en su lucha contra este tipo de crimen organizado.

CONCLUSIONES.

Primera.- Sobre el concepto de terrorismo.

No existe un concepto jurídico del terrorismo y su naturaleza jurídica no está determinada, aunque la doctrina y la jurisprudencia han elaborado multitud de conceptos, algunos equívocos e inconcretos, susceptibles de controversia como en cualquier otro ámbito del Derecho. Las definiciones que se han propuesto, en su mayor parte están contaminadas con aspectos extrajurídicos de tipo político, sociológico o filosófico; no obstante, lo que sí parece claro es que aún dudando de la utilidad de un concepto jurídico de terrorismo, se hace preciso utilizar el término con propiedad, y aplicar adecuadamente los distintos tipos penales de terrorismo, para salvaguardar el principio de legalidad penal, para lo que intentaremos proponer una idea de lo que debe ser una definición jurídica de este término, basada en la investigación realizada y al margen de elementos que no sean estrictamente jurídicos.

Segunda.- Delitos de terrorismo.

Los delitos de terrorismo son aquellas acciones típicas realizadas por sujetos que pertenecen, actúan al servicio o colaboran con una banda armada, organización o grupo terrorista y persiguen la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, sin perjuicio de la excepción del llamado terrorismo individual y de que esta alteración de la paz pública en realidad sea un resultado. La violencia organizada que no persigue alguno de estos fines no es terrorista, configurándose como constitutiva de delitos comunes, en función del tipo específico que se ejecute. Por lo tanto, estructura y finalidad son las dos notas esenciales que van a permitir conocer la naturaleza como terrorismo de cualquier conducta delictiva, con la salvedad de ciertas acciones producidas al margen de una asociación ilícita, pero que necesariamente tendrá que ser ejecutada con un objetivo terrorista, aunque sea de mera contribución a los fines propios de una banda armada, organización o grupo terrorista.

Tercera.- Elemento teleológico o finalístico.

El elemento teleológico lo conforma el Código Penal de 1995 configurando los tipos penales de terrorismo exigiendo que la conducta delictiva se realice con una determinada finalidad, que es la de la asociación terrorista y no la del sujeto, por lo que la estructura típica requiere la presencia de un elemento subjetivo del injusto o del tipo, que ha de ser abarcado por el dolo del autor, ya que conoce y quiere la finalidad de la asociación ilícita, de manera que la conducta delictiva concreta debe ir finalísticamente encaminada a subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

En estos delitos se trata de que el sujeto activo tenga conocimiento y voluntad de matar o de secuestrar con dolo de matar, de secuestrar, es decir, conocimiento y voluntad de hacerlo, y con el fin específico, de la asociación ilícita, de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, ya que, si no hay dolo no hay delito, y si no hay una cualquiera de estas dos finalidades, no hay terrorismo. Basta con que el dolo abarque una sola de estas finalidades, es decir, de forma alternativa y no cumulativa, debiendo acreditarse este aspecto, y no presumirse por el solo hecho de que una infracción lesione las instituciones o la convivencia, para que puedan calificarse los hechos como terroristas, por lo que las conductas desprovistas de esta finalidad son tipos comunes; por lo tanto, el acontecimiento externo no aparece por sí solo como susceptible de ser calificado como contrario a las normas antiterroristas.

Cuarta.- Sobre la subversión del orden constitucional.

El Código Penal tipifica las acciones que tengan la finalidad de subvertir el orden constitucional, independientemente de que estas se ejecuten supuestamente para defenderlo, en la medida en que se realizan al margen de los cauces previstos en la propia Constitución, lo que se infiere del hecho de que el legislador no incrimina estos hechos en función de la ideología por la que se hayan perpetrado, ya que

este concepto debe interpretarse como la alteración del orden constitucional democrático. Corolario de ello es que de *lege ferenda* no deberían existir fines políticos terroristas reprochables y fines políticos no terroristas menos reprochables o defensores del orden constitucional. La única defensa que se puede hacer del Estado de Derecho es desde la legalidad, respetando la propia Constitución que prohíbe estos métodos al margen del ordenamiento jurídico. Subvertir el orden constitucional es alterar o destruir por medios delictivos la aplicación de la Constitución y el funcionamiento de las instituciones del Estado, especialmente de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Quinta.- *Sobre la paz pública.*

La paz pública, que parece que abarca el orden público y la seguridad ciudadana, es una expresión imprecisa, jurídicamente indeterminada e incluso contraria al principio de legalidad penal. Mas que una finalidad es un resultado inmediato de las acciones terroristas, consecuencia de éstas y querida por el sujeto, produciéndose independientemente del signo ideológico del grupo terrorista, aunque sea aparentemente la defensa del orden constitucional. El legislador debería de haber optado por un término más preciso de significado concreto y cierto, o haberlo definido, y no dejarlo como un concepto jurídico indeterminado, salvo que desde la óptica del mismo se quieran tipificar conductas que puedan crear alarma o temor en la población y no tengan finalidad política, lo que provoca que sea complejo discernir entre estos delitos y los de desórdenes públicos, por lo que abogamos por la configuración de un elemento teleológico basado sólo en la consideración de ataque al orden constitucional democrático, como concreción del Derecho penal como ultima ratio, en el que sólo las conductas más graves deben ser perseguidas penalmente.

Sexta.- *Elemento estructural u organizativo.*

El terrorismo, hoy en día y en nuestro país, es una actividad propia de bandas, organizaciones o grupos armados, que realizan sus acciones en el seno de una asociación que le ofrece cobertura e infraestructura. En cambio, el elemento estructural no es una *conditio sine qua non* para la definición de esta figura, en el llamado

terrorismo individual, es decir, aquellas acciones delictivas con finalidad política realizadas por un sujeto al margen de una estructura criminal. Estas bandas armadas, organizaciones o grupos tienen una ordenación permanente y estable con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, ya que si carece de ella sería una banda común, por lo que deben poseer una estructura organizativa con cierta planificación, configurándose la organización criminal como un elemento objetivo del tipo delictivo.

El número de componentes, su estructura, sus medios son importantes, pero lo que determina su carácter institucional es su idoneidad para conseguir el fin político que persigue, para lo cual debe poseer una estructura formada por una organización estable, jerarquizada, violenta y que pueda lesionar los derechos fundamentales de las personas.

Es preciso al mismo tiempo distinguir las bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas como asociaciones ilícitas, de la mera codependencia, que es una determinada actividad pasajera para realizar un hecho delictivo, en la medida en que la pertenencia a la organización terrorista o banda armada, es también un elemento del tipo de terrorismo por lo que se vulneraría el principio *non bis in ídem* si se castigase la pertenencia a la banda u organización y la pertenencia a la asociación ilícita; suponiendo una doble incriminación el que se encuentren previstas como delito autónomo la integración o la pertenencia a una asociación terrorista en el art. 515.2 y la pertenencia, actuación al servicio o colaboración de los arts. 571, 572 y 574 del C.P.

Séptima.- *Bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.*

La distinción entre bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas, desde un punto de vista práctico, en la medida en que se prevén las mismas penas para los sujetos que cometan los mismos hechos delictivos de carácter terrorista dentro de cualquiera de estas asociaciones ilícitas, se presenta como estéril; sin embargo, desde un punto de vista doctrinal, es conveniente su diferenciación, siendo la banda armada una categoría diferente respecto a la organización o grupo terrorista. Esta

indefinición supone una falta de consideración al principio de legalidad penal, por lo que sería preciso elaborar los conceptos de banda armada, organización o grupo terrorista. En todo caso, la banda armada tendría una estructura más débil que la organización o el grupo terrorista, que poseen un número mayor de integrantes, una organización altamente estructurada, con más estabilidad en el tiempo y mejores armas, lo que determinaría una capacidad superior de lesión de los bienes jurídicos protegidos.

Octava.- *Pertenencia, actuación al servicio o colaboración.*

El sujeto que pertenece es un *intraneus*, es el miembro de la banda armada, asociación o grupo terrorista, que está unido con la asociación ilícita mediante vínculos permanentes en el tiempo, aceptando su disciplina y su jerarquía. El que actúa al servicio, es el que realiza actos delictivos en nombre de la asociación terrorista, a su cargo, en definitiva para ellas, pero sin compartir sus postulados, por encargo, es por lo tanto un sicario, que opera por precio, recompensa o promesa. El colaborador es aquel sujeto que comparte la ideología de la asociación terrorista, participa en su estrategia; requiriendo, tanto la actuación al servicio como la colaboración, que los sujetos sean *extraneus* a la asociación ilícita.

Novena.- Art. 571. Tipos de riesgo catastrófico.

Los tipos de riesgo catastrófico del art. 571 del C.P., estragos e incendios de los arts. 346 y 351, requieren para su realización que los sujetos pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, causando un daño patrimonial, mediante el empleo de instrumentos de gran capacidad destructiva en los estragos, o incendiarios en el incendio, y que ello provoque un peligro para las personas, peligro que de no producirse obligaría a calificar la conducta como constitutiva de un delito del art. 574, cláusula residual, en relación con el delito de daños del art. 266.

Si el sujeto actuase al margen de banda armada, organización o grupo terrorista, con las finalidades sabidas, habría que sancionarle por el art. 577, el llamado terrorismo individual.

Si se produce lesión para la vida, la integridad física o la salud de las personas, el legislador ha querido establecer un concurso real con los delitos de homicidio o de lesiones, siendo en puridad y en buena dogmática jurídico-penal un concurso ideal.

Décima.- Art. 572. *Atentados contra la vida, la integridad o la libertad.*

En este artículo se sancionan con penas iguales conductas dispares que son constitutivas de delitos contra la vida, la integridad o la libertad, equiparando en penalidad las lesiones graves de los arts. 149 y 150 con el secuestro, o el resto de lesiones con la detención ilegal, las amenazas o las coacciones; aunque prevé cierta graduación en función de los posibles resultados de muerte, lesiones, secuestro, detención ilegal, amenazas o coacciones, criterio que es de agradecer, si bien no distingue entre los diferentes resultados de muerte, por lo que no se garantiza la vigencia de los principios de culpabilidad, de proporcionalidad y de igualdad, al mismo tiempo, se deberían de haber previsto penas menos exacerbadas.

Nos parece poco adecuado la equiparación de las lesiones al homicidio común, sin distinguir entre las lesiones del art. 147 ó del 148, o la mera falta del art. 617, aunque parece que en principio no tienen la entidad suficiente como para poner en peligro el bien jurídico protegido colectivo; por lo que se estructura el tipo de tal forma, que no establece distinción penológica entre la gravedad de las distintas acciones, teniendo como consecuencia que no se cumpla que a mayor lesión mayor riesgo de poner en peligro concreto el ordenamiento constitucional o la paz pública, lesionándose con ello, los principios de culpabilidad, de proporcionalidad y de igualdad.

En lo referente a las conductas de detención ilegal y secuestro, aquí se están tipificando las mismas acciones de los tipos comunes pero realizados por

sujetos integrados o al servicio de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas y con la finalidad de subvertir el ordenamiento constitucional o alterar gravemente la paz pública. Sobre la figura del mediador o de la persona que negocia la condición impuesta para la liberación, su conducta será atípica cuando no exista dolo de favorecimiento de la detención, lo que sucede en todos los casos en que interviene el mediador a instancias del detenido. Si actúa representando a los autores de la detención sólo sería posible la atipicidad si carece de dolo de favorecimiento o bien justificar la conducta por concurrir un estado de necesidad; en otro caso, sería cómplice o autor, cuando la mediación responde a una mera distribución de papeles en el seno de la asociación terrorista.

En el supuesto de las amenazas, sólo se deberían contener en este ámbito delictivo de amenazas terroristas, las más graves, es decir, las amenazas de un mal constitutivo de delito y únicamente las condicionales, por lo que sólo deben calificarse como de terroristas las amenazas y coacciones que tengan la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

Los tipos cualificados o agravados, se hallan en el art. 572.2 y vienen establecidos en función del sujeto pasivo, autoridad o funcionario de las referidas en el mismo; teniendo mayor protección la vida de estas personas, tanto en el ejercicio de sus funciones o de su cargo, como al margen del mismo. No parece correcta esta agravación, por la exasperación punitiva y el quebranto del principio de proporcionalidad, ya que en la práctica unas simples amenazas, que incluso podrían ser leves, por lo tanto constitutivas de falta, pueden llegar a ser sancionadas con una pena de quince años de prisión.

Undécima.- Art. 573. *El depósito de armas o municiones.*

Las conductas de depósito de armas o municiones, la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, la fabricación, tráfico, transporte o suministro, la colocación o empleo de las mismas o de los medios o artificios adecuados, se encuentran tipificadas y sancionadas con igual pena en el art. 573, que deberían haber sido graduadas en función

de las diferentes modalidades delictivas que contienen un mayor o menor grado de antijuridicidad.

El depósito de armas o municiones exige la disponibilidad de la cosa por el sujeto activo, no siendo necesaria su inmediatez corporal. La tenencia es la posesión inmediata de la cosa, con contacto físico, aunque no continuo, como es la fabricación, producción o elaboración de las armas o municiones, el transporte y el suministro. El tráfico es la comercialización o el tráfico mercantil. El transporte o suministro abarca las labores de intendencia, dirección, gestión y abastecimiento.

La consumación se produce con la tenencia, depósito, posesión o disposición, sin precisar de la utilización. El delito se perfecciona con la colocación o el empleo, por lo que es difícil la tentativa acabada o inacabada.

En el ámbito subjetivo se exige dolo, configurándose el tipo como de tendencia interna intensificada, por lo que el dolo del autor debe englobar la finalidad terrorista, en el contorno de las formas de relación con la asociación ilícita.

Si se ocasionan los resultados previstos en los arts. 571 y 572, se aplicarían estos preceptos y no este tipo del art. 573, por la consunción de la regla 3ª del art. 8 del C.P. Si no llegare a explotar el artefacto al ser desactivado previamente, aplicaríamos el art. 573, al absorber el delito consumado a la tentativa de los arts. 571 ó 572. Si el sujeto posee armas no de guerra, en número inferior a cinco, su conducta es constitutiva de mera tenencia de armas sancionable por el tipo residual del art. 574.

Duodécima.- Art. 574. *Cláusula residual.*

En el art. 574 se encuentra una cláusula residual y subsidiaria, castiga cualquier otra infracción que se cometa con las finalidades sabidas si se pertenece, actúa al servicio o colabora con las asociaciones terroristas. Este precepto eleva las faltas a la categoría de delito de terrorismo sancionándolas con la pena en su mitad superior.

Este tipo al agravar cualquier conducta delictiva de manera genérica en función de su cualidad de terrorista, hace preciso valorarlas en el sentido de si tienen entidad suficiente para atacar el bien jurídico protegido de carácter colectivo, ya que por su naturaleza no deberán ser calificadas como constitutivas de este art. 574, lo que constriñe a elaborar una interpretación restrictiva, sancionando como terroristas aquellas conductas que efectivamente sean idóneas para subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. La simple comisión de una falta, no debería considerarse con la suficiente gravedad como para calificarse de terrorista, lesionando el principio de igualdad al elevar a la calidad de delito, conductas que en realidad son faltas, imponiendo la misma pena.

Este tipo del art. 574 entra en concurso aparente de normas o de leyes penales con el del art. 576, a resolver a favor del primero ya que las acciones subsumibles en este tipo residual son punibles de por sí y tienen en sí mismas desvalor, residiendo su gravedad en su relación con las acciones terroristas; sin embargo, las conductas de colaboración no despliegan un significado penal autónomo, por lo que su desvalor es consecuencia de su unión con actos terroristas. Se pretende, por lo tanto, con este precepto tipificar y sancionar cualquier conducta, vulnerando los principios de taxatividad de las normas penales y de seguridad jurídica.

Decimotercera.- Art. 575. Atentados contra el patrimonio con fines recaudatorios.

Los atentados contra el patrimonio del art. 575 son acciones que pueden realizar tanto el *extraneus* como el *intraneus*, con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o con el único propósito de allegar fondos a las asociaciones terroristas. Nos encontramos ante una colaboración específica, por lo que aplicar conjuntamente el art. 576 a la misma conducta, vulneraría el principio *non bis in ídem*, pero así lo ha querido el legislador al establecer expresamente un concurso real de delitos en el inciso final del precepto.

Al carecer el tipo de las dos notas esenciales que determinan que una conducta delictiva pueda ser calificada como terrorista –el elemento teleológico o

finalístico y el estructural u organizativo- se puede afirmar que en este artículo se están protegiendo los bienes jurídicos propios de los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico, como forma específica de colaboración tipificada expresamente, lo que acarrea graves problemas de delimitación con los dos artículos que le siguen.

Los delitos patrimoniales como el hurto, el robo, la extorsión, el hurto y robo de uso de vehículos, la usurpación, la estafa, la apropiación indebida, los daños; y los delitos contra el orden socioeconómico como la receptación y otras conductas afines, ejecutadas con los propósitos sabidos, son los que tienen cabida dentro este tipo de terrorismo.

La conducta típica es dolosa, configurándose el elemento subjetivo de lo injusto de manera alternativa, no siendo preciso que se tenga la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, pudiendo tener la única finalidad de allegar fondos con la intención de beneficiar en lo económico al terrorismo, con la obtención de fondos para financiar los gastos de las asociaciones terroristas.

Este precepto entra en concurso real de delitos con el delito de colaboración del artículo siguiente, lo que, entendemos, quebranta el principio *non bis in ídem* porque se sanciona dos veces la misma conducta, como colaboración y como facilitación de las finalidades de este art. 575 y con la acción de colaboración del siguiente. La diferencia con el art. 576 reside en que la conducta de allegar fondos se realiza directamente atentando contra el patrimonio, y la de colaboración, ayudando, cooperado o mediado, sin atentar directamente contra el patrimonio.

En cualquier caso sería recomendable que el legislador delimitase de manera más precisa los ámbitos típicos de estos preceptos para garantizar de manera más adecuada el principio de seguridad jurídica y el *non bis in ídem*.

Decimocuarta.- Art. 576. La colaboración.

El sujeto activo de este delito es ajeno –*extraneus*- a la banda armada, organización o grupo terrorista y realiza estas conductas de forma no habitual, como colaboración material y genérica, sin un plan concreto y específico.

De *lege ferenda* este precepto debería sancionar únicamente conductas que son de colaboración efectiva y eficaz para la realización de actos materiales que sean relevantes y tengan entidad suficiente como para lesionar por sí mismos el bien jurídico protegido; aunque de *lege data*, incrimina determinadas conductas que en puridad son actos preparatorios no punibles, sancionados como de favorecimiento por la gravedad y peligrosidad de estas acciones terroristas.

El precepto está configurado de forma abierta para castigar conductas que por el principio de tipicidad serían irrelevantes penalmente, pero que caben dentro de este cajón de sastre cuando no se ha podido probar la pertenencia a una asociación terrorista o la colaboración o cooperación en un delito concreto, y sancionándose asimismo con una pena excesiva, de cinco a diez años de prisión y multa de dieciocho a veinticuatro meses, contraria al principio de proporcionalidad.

El precepto entra en concurso aparente de normas o de leyes penales con los arts. 571, 572 y 574, o en su caso en concurso ideal de infracciones penales o de delitos, desestimando esta segunda solución en la medida en que la acción de colaboración no es independiente de la acción delictiva concreta cometida. La colaboración en un acto en que se ejecuta el riesgo prevenido como coautoría o complicidad no se debería sancionar por el art. 576.2 porque si se causa un resultado lesivo sería constitutivo de estos arts. 571, 572 y 574, entrando en concurso aparente de normas o de leyes penales, a resolver por el principio de especialidad de la regla 1ª del art. 8 del C.P., ya que tipifican la acción de forma más específica, englobando en su tipo de injusto el desvalor del hecho de forma singular, en detrimento del tipo general del art. 576 que lo hace de forma general, por lo que de *lege ferenda* sería preciso distinguir en la previsión de las sanciones de estas conductas, las diversas modalidades, con sus

diferentes contenidos de injusto, de gravedad y de peligro, para el bien jurídico protegido, en la medida en que se pueden dar multitud de formas de colaboración, de muy distinta naturaleza, que exigen para salvaguardar el principio de proporcionalidad, respuestas punitivas diferentes y con heterogénea graduación.

El mediador o el intermediario que pertenecen al entorno de la víctima realiza una conducta atípica por carecer de dolo, ya que no tiene propósito de favorecimiento directo y voluntario de la asociación terrorista. Si el mediador representa a la misma, es autor de un delito de colaboración, siempre que su conducta no esté vinculada con un concreto hecho delictivo, como una detención ilegal o un secuestro, respondiendo como coautor o como cómplice, si ha habido reparto de papeles. Si consideramos el secuestro como un delito complejo, compuesto de detención ilegal y de amenazas condicionales, el mediador podría ser autor o cómplice de estas últimas y no de la detención ilegal, en la medida en que sólo haya intervenido a la hora de la petición de las condiciones económicas. La conducta de mediación debe calificarse como de colaboración en el delito concreto de que se trate, y en todo caso, la colaboración del art. 576 quedaría en relación de subsidiariedad. El mediador es un *extraneus*, un tercero, un sujeto ajeno que pretende que la situación ilícita no se prolongue en el tiempo, por lo que resulta difícil que su conducta pueda ser calificada como de autoría, porque no lleva a cabo la conducta de detención o de encierro y no impone las condiciones o exigencias económicas para que sea liberado, por lo tanto, no tiene el dominio del hecho y no ejecuta de forma material la acción típica; y tampoco sería encubridor porque no interviene con posterioridad a la ejecución del delito, y siendo la detención ilegal un delito de consumación instantánea, pero de carácter permanente, en el cual se está produciendo constantemente una renovación de la situación injusta, que no cesa hasta que no se produce la liberación del sujeto pasivo, no sería nada más que un cooperador no necesario, es decir, un cómplice, en el delito de amenazas condicionales.

Decimoquinta.- Art. 578. *La apología y la humillación a las víctimas del terrorismo.*

En el art. 578 se sanciona dos conductas diferentes, a saber, la apología y la humillación a las víctimas del terrorismo. Actualmente la apología se conforma como un delito de terrorismo autónomo o determinado, de manera distinta en 1995 el legislador tipificó la apología en la Parte General del Código Penal como una forma de provocación al delito.

Es apología el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución y la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, por lo que no requiere para su realización las mismas exigencias que la apología genérica del art. 18 del C.P.

La autoapología y la apología de la apología, es decir, el elogio del elogio de un delito, no son punibles, ya que, si la apología del terrorismo fuese delito de terrorismo, tendría que ser tratada como delito la apología de la apología, lo que es absurdo, irracional, ilógico e incoherente.

El sujeto activo en ambos delitos, puede ser cualquiera que actúe incluso al margen de cualquier tipo de asociación terrorista de las que conocemos, siendo el sujeto pasivo, en el delito de enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o de sus autores o partícipes, la sociedad en su conjunto.

El bien jurídico protegido, en el delito de humillación a las víctimas del terrorismo, es el honor del sujeto que ha padecido los atentados terroristas, y el de sus familiares en caso de que éste haya fallecido, y el sujeto pasivo serán las víctimas de

los delitos terroristas o sus familiares; lo que lesiona el principio de igualdad, ya que todas las víctimas de todos los delitos y sus familiares, y no sólo las de violencia terrorista, tienen derecho a que no se efectúen contra ellas actos de descrédito, menosprecio o humillación.

El delito precisa de un dolo que contenga el enaltecimiento o la justificación de los delitos tipificados en los arts. 571 a 577 del C.P., o de sus autores o partícipes, sin que sea necesario que englobe la intención de provocar a la ejecución del crimen. En el delito de humillación a las víctimas del terrorismo, es necesario que el dolo del sujeto activo englobe el ánimo de desacreditar, menospreciar o humillar a las referidas víctimas o a sus familiares; sin llegar a ser un especial elemento subjetivo del injusto. La conducta de realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas, es reprobable desde un punto de vista moral, por la ruindad y mezquindad del sujeto que realiza este tipo de hechos, mancillando a las víctimas o a los familiares de un delito de terrorismo, sin embargo, esto no es óbice para abogar por su derogación por ser una conducta reprobable en el ámbito moral que se ha elevado a la categoría de ilícito penal.

En puridad esta conducta no es de apología, más bien es constitutiva de delitos de injurias o contra la integridad moral, lo que puede provocar problemas de concurso aparente de normas o de leyes con estos tipos; por lo que opinamos que su derogación no constituiría que estas conductas quedasen sin castigo, en la medida en que existen los tipos referidos para su punición.

Entendemos que lo ideal sería volver a tipificar la apología como forma de provocación para cometer una acción delictiva concreta, es decir, como una incitación directa a la ejecución de un delito.

Decimosexta.- Art. 579. *La provocación, la conspiración y la proposición. La inhabilitación absoluta. La atenuación para los terroristas arrepentidos.*

En el punto uno de este artículo se sanciona, la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 578, con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en estos preceptos. El legislador debería haber discernido entre unos delitos u otros y no sancionar todas las formas de participación intentada, de resolución manifestada o todos los actos preparatorios punibles en relación con todos los delitos de terrorismo posibles.

La inhabilitación absoluta prevista en el punto dos de este artículo afecta a todos los delitos de terrorismo de forma indeterminada en su duración, siendo los jueces y tribunales quienes deben valorar las circunstancias que puedan concurrir en el delincuente a la hora de determinar la duración de esta pena accesoria, por lo que estamos ante el regreso del Derecho penal de autor por la peligrosidad social del individuo. Juzgamos que es desproporcionada la pena de inhabilitación absoluta, hasta tal punto que pudiera acarrear efectos criminógenos.

La atenuación de la pena en uno o dos grados, regulada en este artículo en su punto tres, para los terroristas arrepentidos para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de estas asociaciones delictivas a las que ha pertenecido o con las que ha colaborado, es una de las principales novedades, en materia de terrorismo, de este C.P. de 1995, ya que no es posible eximir de la pena totalmente al terrorista considerado arrepentido como ocurría en la legislación anterior. Los requisitos para que se pueda aplicar esta atenuación son: en un primer lugar, que el sujeto haya abandonado la actividad delictiva de forma voluntaria; en segundo lugar, requisito

acumulativo o copulativo, la presentación a la autoridad confesando los hechos en los que se haya participado; y en tercer lugar, unidos a estos dos requisitos generales e imprescindibles, se deben de dar otros tres requisitos, pero no de forma cumulativa, sino cuando se verifique cualquiera de ellos, y sólo ellos, no siendo pertinente que se pueda extender a otra forma de colaboración que no sean éstas -la colaboración activa con la autoridad para impedir la producción del delito, la prestación de ayuda eficaz en la obtención de pruebas decisivas, bien para la identificación o para la captura de otros responsables o la ayuda para impedir la actuación o el desarrollo de la asociación terrorista a la que ha pertenecido el sujeto o con la que ha colaborado-. El legislador, por consiguiente, asimila la figura del arrepentido con la del delator, ya que sólo exige que se informe para conseguir el objetivo deseado.

Esta forma de configurar el precepto plantea, entre otros, tres problemas principales; el primero es el trato discriminatorio hacia los diferentes terroristas, pudiendo lesionar el principio de igualdad, en la medida en que los sujetos que tengan mayor grado de información dentro de la asociación terrorista, podrán disfrutar con mayor certeza de la posibilidad de beneficiarse de la atenuación; el segundo es que provoca que las asociaciones terroristas se estructuren y organicen en grupos estancos, células cada vez más complejas y eficaces que hacen más difícil su desarticulación; y el tercero es que el colaborador del art. 576 y el terrorista individual del art. 577 tendrán serias dificultades para beneficiarse de la atenuación de la pena de este art. 579, y tendrán que hacerlo mediante la confesión, el arrepentimiento y la reparación del art. 21.4º y 5º, que permiten la imposición de la pena inferior en uno o dos grados, cuando concurran estas dos circunstancias o una muy cualificada.

El fundamento de esta atenuación no hay que buscarlo en cuestiones de tipo ético, sino más bien de tipo utilitario o práctico, sin perjuicio de las consideraciones que se puedan hacer desde la perspectiva de los fines de la pena - prevención general y especial- el legislador no quiere el arrepentimiento en sí, lo que desea y pretende es que no se cometan más delitos terroristas.

Decimoséptima.- Art. 580. Equiparación de condenas de Jueces y Tribunales en el extranjero.

En el art. 580 se equipara, a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia, las condenas por estos delitos de terrorismo de los Jueces y Tribunales en el extranjero, con las de los Jueces y Tribunales españoles.

Este tipo obliga a los Jueces y Tribunales españoles a aplicar la agravante de reincidencia cuando los actos llevados a cabo por el sujeto sean susceptibles de ser subsumidos en los artículos 571 a 579 del Código Penal español, siempre que esos actos hayan sido juzgados y condenados por sentencia en el extranjero, con la excepción de los terroristas individuales del art. 577.

Para que pueda ser equiparada la condena de un Juez o de un Tribunal extranjero a las sentencias de los Jueces o de los Tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia, deben verificarse los siguientes requisitos: que sea firme, que haya sido dictada por los delitos de terrorismo de los arts. 571 y ss., que el antecedente se encuentre vigente y no haya podido ser cancelado conforme al derecho extranjero o español, que la condena no se haya producido vulnerando las garantías de la Constitución Española de su art. 24 y que no sean terroristas individuales.

Esta agravante de reincidencia no podrá ser considerada en aquellos casos en que el sujeto haya sido condenado en un país extranjero por un delito de terrorismo cometido al margen de una estructura organizada, ya que este tipo no abarca en nuestra legislación la figura del terrorismo individual.

La necesaria homogenización de las diferentes legislaciones de los países que se enfrentan al problema del terrorismo es la causa de este precepto, que precisa para su efectiva aplicación de las suficientes medidas presupuestarias para dotar de medios adecuados a la Administración de Justicia.

Decimoctava.- Art. 577. *Terrorismo individual.*

Por terrorista individual debemos entender el que ni participa, ni colabora, ni pertenece a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, pero realiza las acciones típicas con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional.

En el art. 577 la finalidad no es un elemento subjetivo del tipo o si se quiere no es un elemento subjetivo específico de tendencia interna intensificada, por concurrir elementos subjetivos especiales, actuando el sujeto al margen de asociación terrorista alguna y con las propósitos alternativos sabidos. Y es esta intención la de contribuir a estos fines –subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública- atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, la que formula elementos en el concepto que el legislador tiene de terrorismo que son ajenos a él; ya que, es también un resultado de las acciones terroristas pero no una finalidad en sí misma. La introducción de lo que para el legislador es un nuevo objetivo, no es a efectos prácticos nada relevante, porque es lo mismo, aunque con otra redacción, que lo anteriormente previsto a la reforma, aparte de que se regula en relación a los fines clásicos, desvirtuando el concepto legal de terrorismo, y no tiene excesivos efectos prácticos por estar directamente relacionada con las finalidades clásicas y por ser un resultado y no un propósito de las acciones terroristas. El concepto de terrorismo que tiene el legislador y la idea de cómo combatirlo, queda patente con la introducción de este nuevo fin, conjuntamente con el intento de calificar como terroristas determinadas conductas que hasta ahora eran meros delitos de desórdenes públicos, lo que impide la correcta delimitación entre ambos tipos.

En todo caso no sólo es necesario el elemento teleológico, sino que es preciso que para calificar una acción como constitutiva del art. 577, el sujeto o sujetos activos, posean una cierta estructura y capacidad operativa que les permita poner

en peligro los bienes jurídicos colectivos -subversión del orden constitucional o alteración grave de la paz pública- protegidos en este precepto.

Los sujetos activos de estos delitos no buscan colaborar con la estrategia de la organización, que incluso en ciertos casos puede ser contraria, pudiendo ser individuos aislados o una unión de sujetos- mera codeincuencia ocasional- pero sin formar una estructura. Los actos individuales y espontáneos de violencia política o social no organizada no deberían ser castigados con una pena agravada en función de una finalidad difícil de averiguar y probar.

Si bien desde una perspectiva criminológica el terrorismo individual existe, y como tal puede ser sancionado penalmente, opinamos que esta clase de actuación delictiva, con la correcta aplicación de los tipos comunes quedaría suficientemente castigada, y no encontramos justificación para mantener un delito específico y agravado desde un punto de vista de política criminal.

Conclusión Final.- *CONCEPTO JURÍDICO DE TERRORISMO.*

Elaborar un concepto de terrorismo, bien por parte del legislador o bien por parte de la jurisprudencia, no tendría ninguna utilidad práctica debido a que de la propia legislación sobre la materia elabora una construcción teórica que resuelve, de mejor o peor manera, todas las situaciones que se producen en nuestro país. La producción de conceptos o la búsqueda de su naturaleza jurídica por parte de la doctrina científica tiene sentido como resultado de una investigación, aunque nada obsta para que se pueda utilizar el término terrorismo de forma coherente sin que previamente se haya definido. Hemos optado por crear una definición que aglutine todos los elementos que el C.P. de 1995 requiere para poder calificar una conducta como de terrorismo, sin ánimo de exhaustividad, si bien poniendo todo el empeño posible en acotar al máximo el término, sin introducir por ello elementos ajenos al mismo. Por consiguiente, una vez realizada, casi en su totalidad porque nunca es posible finalizar una empresa de esta envergadura, la investigación que nos propusimos, estamos ya en un estadio adecuado para poder proponer el siguiente

Concepto jurídico de terrorismo: Violencia delictiva, organizada o individual, con finalidad política consistente en la subversión del orden constitucional, que suele producir como resultado la alteración grave de la paz pública o la atemorización de los habitantes de una población o de los miembros de un colectivo social, político o profesional.

Bibliografía.

ALONSO DE ESCAMILLA, A. *Del homicidio y sus formas*, en LAMARCA PÉREZ, C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Colex, Madrid, 2001, pp. 45 a 60.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. *Principio de proporcionalidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna*, en La Ley, 26 de octubre de 1999, pp. 2053 a 2059.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y COBOS, M. A. *La legislación antiterrorista: una huida hacia el Derecho Penal*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº. 68, primavera 1983, pp. 161 a 191.

ÁLVAREZ VIZCAYA, M. *Libertad de expresión y principio de autoridad: El delito de desacato*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, Bosch, Barcelona, 1993.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *Sobre los conceptos de banda armada, organización y grupo terrorista*, en Terrorismo, comunicación y sus aspectos criminológicos, C.S.V., Granada, 1997, pp. 157 a 165.

ARROYO ZAPATERO, L. *La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo*, en Cuadernos de Política Criminal, Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, nº. 15, 1981, pp. 379 a 426.

- *Terrorismo y sistema penal*, en Reforma, Política y Derecho, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Colección de Temas Constitucionales, Madrid, 1985.

ASUA BATARRITA, A. *Apología del terrorismo y colaboración con banda armada, delimitación de los respectivos ámbitos típicos*, en La Ley, nº. 4556, junio de 1998, pp. 1 a 6.

- *Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental*, en Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.

BARBERO SANTOS, M. Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo regulados por el Decreto de 21 de septiembre de 1960, Estudios de Criminología y Derecho Penal, Universidad de Valladolid, 1972.

BARÓN QUINTERO, S. *Legislación y jurisprudencia. Código Penal, Título XXI, Delitos contra la Constitución*, en Delincuencia organizada. Aspectos Penales, procesales y criminológicos, Universidad de Huelva, 1999.

BELLOCH, J. A. *Introducción al estudio de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre. ¿Una quiebra del Estado de Derecho?*, en Revista Vasca de Administración Pública, nº. 11, enero-abril de 1985, pp. 9 a 24.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Sobre la función simbólica de la legislación penal antiterrorista española*, en Pena y Estado, nº. 1, 1991, pp. 91 a 99.

BERNAL DEL CASTILLO, J. *Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000, de modificación del Código penal en materia de terrorismo*, en La Ley, 2001, pp. 1627 a 1632.

BILBAO UBILLOS, J. M. *La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana al legislador*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 58, enero-abril de 2000.

BLANCO CORDERO, I. *Terrorismo internacional: La amenaza global*, en *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Diego Díaz-Santos, R. y Fabián Caparrós, E. (coordinadores), Colex, Madrid 2003, pp 209 a 233.

BLAY VILLASANTE, F. *Delito de integración en bandas armadas u organizaciones terroristas o rebeldes*, en *La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión*, Comentarios a la Legislación Penal, Revista de Derecho Público, Tomo XI, Edersa, 1990, pp. 69 a 120.

BOBILLO, F. J. *Constitución y legislación antiterrorista*, en *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, nº. 48, noviembre-diciembre de 1985, pp. 47 a 76.

BUENO ARÚS, F. *Aspectos jurídicos del terrorismo*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Ministerio de Justicia, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Escuela de Estudios Penitenciarios, nº. 228-231, enero-diciembre de 1980, pp. 51 a 89.

-Principios generales de la legislación antiterrorista, en Estudios de Derecho Penal, en homenaje al profesor Jiménez de Asúa, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº. 11, junio de 1986, pp. 135 a 145.

BUSTOS RAMÍREZ, J. Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Ariel, 1991.

- In-seguridad y lucha contra el terrorismo, en El Derecho ante la globalización y el terrorismo, Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo, abril 2003, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 403 a 410.

CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J. A. Derecho Penal, Parte Especial, Bosch, Barcelona, 1999.

- Derecho Penal, Parte Especial, Bosch, Barcelona, 2001.

CAMPO MORENO, J. C. Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial, Editorial General de Derecho, Valencia, 1997.

- *El enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo*, en La Ley, 24 de enero, 2001, pp. 1751 a 1755.

CANCIO MELIÁ, M. *De los delitos de terrorismo*, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Comentarios al Código Penal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 1384 a 1395.

- <<*Derecho penal*>> *del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las informaciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la L.O. 7/2000*, en Jueces para la Democracia, nº. 44, julio 2002, pp. 19 a 24.

CARBONELL MATEU, J. C. *Apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado*, en Comentarios a la Legislación Penal, El Derecho penal del Estado democrático, Madrid, 1983.

- *Terrorismo: Algunas reflexiones sobre el concepto y el tratamiento penal*, en Terrorismo y proceso penal acusatorio, VV. AA., Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 49 a 56.

CARBONELL MATEU, J. C. y MIRA BENAVENT, J. *De los delitos de terrorismo*, en VIVES ANTÓN, T. S., Comentarios al Código Penal de 1995, volumen II, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pp. 2115 a 2128.

-*Terrorismo*, en VIVES ANTÓN, T. S., Derecho Penal, Parte Especial, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pp. 800 a 809.

-*Terrorismo*, en VIVES ANTÓN, T. S., Derecho Penal, Parte Especial, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 1041 a 1055.

CARRETERO SÁNCHEZ, A. *El delito de amenazas*, en La Ley, 1996.

CASTRESANA FERNÁNDEZ, C. <<*Guerra al terror*>> y *derecho*, en Jueces para la Democracia, nº. 43, marzo de 2002, pp. 3 a 10.

CASTRO MORENO, A. El error sobre las circunstancias atenuantes. (El error sobre las circunstancias atenuantes genéricas modificativas de la responsabilidad y sobre los elementos accidentales de los tipos privilegiados), Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

CLIMENT DURÁN, C. *De los delitos de terrorismo*, en Código Penal con jurisprudencia sistematizada y legislación complementaria, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pp. 776 a 787.

CLIMENT DURÁN, C. y PASTOR ALCOY, F. El nuevo y el viejo Código Penal. Comparados por artículos, con jurisprudencia básica, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1998.

COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M. Derecho Penal Español, Parte Especial, Dykinson, Madrid, 2004.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. Código Penal. Doctrina y jurisprudencia, Trivium, Madrid, 2000.

- Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura, Parte Especial, Colex, Madrid, 2004.

CORCOY BIDASOLO, M. Manual Práctico de Derecho Penal, Parte Especial, Doctrina y Jurisprudencia, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

CRUZ BLANCA, M.^a J. Régimen penal y tratamiento jurisprudencial de la tenencia ilícita de armas, Colección de Ensayos Penales, Dykinson, Madrid, 2005.

CUELLO CALÓN, E. *Sobre la extradición de los delitos políticos y de los delitos sociales*, en Revista General de Legislación y jurisprudencia, n.º 140, 1922, pp. 481 y ss.

CUERDA ARNAU, M.^a L. Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995.

- *Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología*, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior, n.º. 1757, octubre de 1995.

- *El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de la lucha contra el terrorismo en momento de crisis interna*, en Terrorismo y proceso penal acusatorio, VV. AA., Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 129 a 176.

DE ARÍSTEGUI, G. *La cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo*, en Política Exterior, volumen XI, n.º. 60, noviembre-diciembre de 1997, pp. 67 a 78.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. M. *Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas*, en Cuadernos de Política Criminal, Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, nº. 30, 1986, pp.559 a 602.

DE LA MORENA BUSTILLO, J. *El fenómeno terrorista y su incidencia en España*, en Estudios de Ciencia Policial, nº. 45, julio-agosto, Gabinete Técnico de la Dirección General de la Policía, 1998, pp. 41 a 55.

DE OLIVEIRA ROCHA, L.O. *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las normas penales. El amparo a la Mesa de Herri Batasuna*, en Cuadernos de Política Criminal, Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, nº. 70, 2000, pp. 219 a 244.

DE PRADA SOLAESA, J. R. *Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995*, en Jueces para la Democracia, nº. 25, marzo de 1996, pp. 73 a 77.

DE SOLA DUEÑAS, A. *Delitos de terrorismo y tenencia de explosivos*, en Documentación Jurídica, Gabinete de Documentación y Publicaciones, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, vol. 2, nº. 37-40, enero-diciembre de 1983, pp. 1221 a 1242.

DEL MORAL GARCÍA, A. *Delitos contra el orden público*, en Código Penal de 1995. (Comentarios y Jurisprudencia), SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (coordinador), Comares, Granada, 2002, pp. 2744 a 2767.

DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J. El delito de tenencia ilícita de armas de fuego, Colex, 1987.

- *Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del arrepentido*, en La Ley, nº. 41132, septiembre de 1996.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *El funcionalismo en Derecho Penal*, en Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Tomo II, Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para la sanción penal, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 499 a 526.

EBILE NSEFUM, J. El delito de terrorismo: Su concepto, Montecorvo, Madrid, 1985.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M. *Delitos de terrorismo*, en Delitos contra el orden público, terrorismo, contra el Estado o la Comunidad Internacional, Colección de Comentarios al C.P. de 1995, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 331 a 481.

FERNÁNDEZ RODERA, J. A. *Los delitos de rebelión y sedición*, en La Ley, nº. 4014, 12 de abril de 1996, pp. 1 a 4.

GARBÓN LLOBREGAT, J. Código Penal. Interpretación jurisprudencial y legislación complementaria, Bosch, 1999.

GARCÍA ALBERO, R. *De la tenencia, tráfico, y depósito de armas, municiones o explosivos*, en QUINTERO OLIVARES, G. y VALLE MUÑIZ, J.M., Comentarios al Nuevo Código Penal, Aranzadi, Pamplona, 1996.

GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, R. *Terrorismo y tipificación penal*, en Actualidad Penal, nº. 48, del 25 al 31 de diciembre, La Ley, 2000, pp. 1019 a 1025.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. Asociaciones ilícitas en el Código Penal, Bosch, Barcelona, 1977.

-*Asociaciones ilícitas y terroristas*, en El Derecho Penal del Estado Democrático, Comentarios a la Legislación Penal, Revista de Derecho Público, Tomo II, Edersa, 1983, pp. 109 a 171.

-Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos en las leyes. Asociaciones ilícitas y bandas terroristas, Escritos Penales, Bosch, 1984.

GARCÍA RIVAS, N. *Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político*, en Poder Judicial, nº. 10, marzo de 1984, pp. 107 y ss.

- *La tipificación <<europea>> del delito terrorista en la decisión marco de 2002: análisis y perspectivas*, en Revista General de Derecho Penal, nº. 4, noviembre de 2005, pp. 1 a 11.

GARCÍA SAN PEDRO, J. *Atenuación, remisión de penas y libertad condicional*, en La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas,

terrorismo y rebelión, Comentarios a la Legislación Penal, Revista de Derecho Público, Tomo XI, Edersa, 1990, pp. 38 a 68.

- *Sobre el concepto de terrorismo*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, nº. 2, U.N.E.D., Facultad de Derecho, 1992, pp. 241 a 275.

-Terrorismo: aspectos criminológicos y legales, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1993.

-*Delitos contra el orden público*, en Cuadernos de la Guardia Civil, nº. 15, Centro de Publicaciones del Ministerio del Interior, 1996, pp. 463 a 465.

GARCÍA VALDÉS, C. *La legislación antiterrorista: Derecho vigente y proyectos continuistas*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº. 6, 1983, pp. 319 a 330.

-Derecho Penal práctico, Parte Especial, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.

GARZÓN REAL, B. *La nueva legislación antiterrorista*, en Estudios de Derecho Penal y Criminología, Homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa, UNED, Facultad de Derecho, Madrid, 1989, Tomo I, pp. 333 a 367.

GARZÓN VALDÉS, E. *El terrorismo de Estado. (El problema de su legitimación e ilegitimidad)*, en Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Constitucionales, nº. 65, julio-septiembre 1989, pp. 35 a 55.

GIMBERNAT ORDEIG, E. ¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?, Estudios de Derecho Penal, Civitas, Madrid, 1976.

- *La reforma de los delitos de terrorismo*, en Ensayos penales, Madrid, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, E. Y MESTRE DELGADO, E. Código Penal con concordancias y jurisprudencia, Tecnos, Madrid, 2003.

GIMENO SENDRA, V. *Nuevas perspectivas de la legislación procesal penal antiterrorista*, en Documentación Jurídica, Gabinete de Documentación y Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, volumen 2, nº. 37 a 40, enero-diciembre de 1983, pp. 1245 a 1262.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. *Crítica de la política penal de orden público*, en Cuadernos de Política Criminal, Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, nº. 16, 1982, pp. 49 a 92.

- *Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo (una crítica con motivo del Proyecto de la Ley Orgánica presentado por el Gobierno socialista en el congreso el 30 de noviembre de 1983)*, Centro Universitario de Toledo, 1984, pp. 45 y ss.

- *Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Parte General*, Civitas, Madrid, 1988.

GÓMEZ CALERO, J. *Delitos de terrorismo*, en La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión, Comentarios a la Legislación Penal, Revista de Derecho Público, Tomo XI, Edersa, 1990, pp. 255 a 287.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *El Derecho Penal frente al Terrorismo. Cuestiones y Perspectivas*, en Terrorismo y proceso penal acusatorio, VV. AA., Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 57 a 127.

GONZÁLEZ RUS, J. J. *Delitos contra la seguridad colectiva*, en COBO DEL ROSAL, M., Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, Marcial Pons, Madrid, 1997.

GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I. *Legislación antiterrorista y derechos humanos*, en Actualidad Penal, nº. 21, del 22 al 28 de mayo, 1989, pp. 1121 a 1127.

GUTIÉRREZ LANZA, G. *Notas sobre los delitos de terrorismo*, en Revista Española de Derecho Militar, nº. 29, enero-junio 1975, pp. 35 a 113.

HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R. *De los delitos de terrorismo*, en CONDE- PUMPIDO, C., Código Penal, doctrina y jurisprudencia, Trivium, Tomo III, Madrid, 1997, pp. 4876 a 4910.

HERRERO HERRERO, C. *Introducción al nuevo Código Penal*, Parte General y Especial, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 428 a 440.

JIMÉNEZ VILLAREJO, J., *Dos breves apuntes acerca de la S.T.C. <<caso mesa de H.B.>>*, en Actualidad Jurídica Aranzadi, nº. 496, 1999, pp. 1 a 6.

LAMARCA PÉREZ, C. Tratamiento jurídico del terrorismo, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Colección de Temas Penales, Madrid, 1985.

-Posibilidades y límites de la dogmática penal, en Cuadernos de Política Criminal, Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, nº. 33, 1987, pp 527 a 561.

-La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia, fascículo III, tomo XLII, septiembre-diciembre de 1989, pp. 955 a 988.

- La mediación en detención ilegal: ¿una conducta atípica o justificada?, en Jueces para la Democracia, nº. 20, marzo de 1993, pp. 51 a 65.

-Aspectos procesales y garantías en el terrorismo, en Cuadernos Jurídicos, año 2, nº. 7, abril de 1993, pp. 11 a 15.

-Sobre el concepto de terrorismo. (A propósito del caso Amedo), en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia, fascículo II, tomo XLVI, mayo-agosto de 1993, pp. 535 a 559.

- *Aspectos criminológicos y legales del terrorismo*, en ponencia del II Curso sobre cuestiones actuales de criminología, tratamiento y prevención del delito, Dirección de Cursos Extraordinarios, Departamento de Ciencias de la Seguridad, Universidad de Salamanca, 1999.

- *Delitos contra el orden público*, en LAMARCA PÉREZ, C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Colex, Madrid, 2001, pp. 705 a 719.

- *Análisis del proyecto de reforma en materia de terrorismo*, en Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías, publicación del XII Congreso universitario de alumnos de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, Colex, 2001.

- *Análisis del proyecto de reforma en materia de terrorismo*, en Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías, Madrid, 2001, pp. 101 y ss.

- *La reforma en materia de apología*, en Réplica y Dúplica, nº. 24, febrero de 2002, pp. 6 a 8.

- *Delitos contra el orden público*, en LAMARCA PÉREZ, C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Colex, Madrid, 2004, pp. 684 a 699.

- *Apología: un residuo de incriminación de la disidencia*, en La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, nº. 28, junio de 2006, pp. 41 a 51.

- *Internacionalización del Derecho Penal y principio de legalidad: el caso Scilingo*, Jurisprudencia aplicada a la práctica, La Ley, nº. 34, enero de 2007, pp. 69 a 77.

LANDECHO VELASCO, C. M.^a y MOLINA BLÁZQUEZ, C.
Derecho Penal Español, Parte General, Tecnos, 5ª edición, Madrid, 1996.

-Derecho Penal Español, Parte Especial, Tecnos, 2ª edición, Madrid, 1996.

LÓPEZ GARRIDO, D. Terrorismo, Política y Derecho, Alianza Editorial, Madrid, 1987.

LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M. El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate Parlamentario, Madrid, 1996.

LUZÓN CUESTA, J. M.^a *Delitos de terrorismo*, en Compendio de Derecho Penal, Parte Especial, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 360 a 364.

- *Delitos de terrorismo*, en Compendio de Derecho Penal, Parte Especial, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 376 a 381.

MAJÓN-CABEZA OLMEDA, A. *Apología del terrorismo*, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E., (coordinadores), Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 553 a 581.

MANTECA VALDELANDE, V. *Normativa sobre prevención y blanqueo de la financiación del terrorismo*, en La Ley-Actualidad, 3 de julio de 2002, pp. 1751 a 1752.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L. *Reformas penales en materia de terrorismo*, en Actualidad Penal, La Ley, nº. 48, del 25 al 31 de diciembre de 2000, pp. 1009 a 1018.

MARTÍNEZ-CARDÓS, J. L. *El terrorismo: aproximación al concepto*, en Actualidad Penal, La Ley, nº. 26, del 29 de junio al 5 de julio de 1998, pp. 479 a 487.

MESTRE DELGADO, E. *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1987.

- *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, en LAMARCA PÉREZ, C., *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Colex, Madrid, 2001, pp. 221 a 386.

MILLÁN GARRIDO, A. *Terrorismo y reincidencia internacional*, en *La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión*, Comentarios a la Legislación Penal, Revista de Derecho Público, Tomo XI, Edersa, 1990, pp. 3 a 25.

MIRA BENAVENT, J. *El caso del diario <<Egin>>: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, tomo XL, fascículo II, mayo-agosto de 1987, pp. 505 a 528.

MIRANDA STRAMPER, M. *Delitos contra el orden público*, en *Código Penal de 1995. (Comentarios y Jurisprudencia)*, SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (coordinador), Comares, Granada, 1998, pp. 1965 a 1978.

- *Delitos contra el orden público*, en Código Penal de 1995. (Comentarios y Jurisprudencia), SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (coordinador), Comares, Granada, 2002, pp. 2744 a 2767.

MORENO CATENA, V. *El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa*, en Terrorismo y proceso penal acusatorio, VV. AA., Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 369 a 398.

MORILLAS CUEVA, L. Metodología y ciencia penal, Universidad de Granada, 1990.

MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial, Universidad de Sevilla, 1976.

- *Delitos de terrorismo*, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 859 a 872.

- *Delitos de terrorismo*, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 900 a 916.

MUÑOZ LORENTE, J. *Injurias, calumnias y libertades de expresión e información: elementos de interacción*, en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº. 28, junio de 2006, pp. 5 a 22.

OLMEDO CARDENTE, M. *Los delitos de terrorismo en el Código Penal de 1995*, en *Terrorismo, comunicación y sus aspectos criminológicos*, C.S.V., Granada, 1997, pp. 141 a 156.

OTERO GONZÁLEZ, P. *Medios de tutela ante los juicios paralelos durante la fase de juicio oral. (A propósito de la S.T.C. 136/1999, de 20 de julio –caso de la Mesa Nacional de H.B.)*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales LIII*, 2000, pp. 285 a 326.

- *La exceptio veritatis y la falsedad objetiva en los delitos contra el honor*, en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº. 28, junio de 2006, pp. 23 a 40.

PÉREZ CEPEDA, A. *Reinserción en materia de terrorismo*, en *Cuadernos Jurídicos*, nº. 31, junio de 1995.

PIEDRA BUENA LEÓN, E. *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego en el Código Penal*, en Actualidad Penal, La Ley, 1997.

POLAINO NAVARRETE, M. *Apología y encubrimiento del terrorismo*, en La criminalidad organizada ante la Justicia, director GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996, pp. 37 a 52.

- *Delitos de terrorismo*, en COBO DEL ROSAL, M., Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 901 a 914.

PORTILLA CONTRERAS, G. *Terrorismo de Estado: Los Grupos Antiterroristas de Liberación, (G.A.L.)*, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, pp. 501 a 530.

PRATS CANUT, J. M. *De los delitos de terrorismo*, en QUINTERO OLIVARES, G., Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 1578 a 1593.

- *De los incendios*, en Comentarios al nuevo Código Penal, dirigido por QUINTERO OLIVARES, G. y coordinados por VALLE MUÑIZ, J. M., Aranzadi, Pamplona, 1996.

- *De los delitos de terrorismo*, en QUINTERO OLIVARES, G., Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 2201 a 2237.

- *De los delitos de terrorismo*, en Comentarios al nuevo Código Penal, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coordinadores), Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 2479 a 2506.

PRIETO SANCHÍS, L. *Las minorías religiosas*, en Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados, VV.AA., Colección Solidaridad 6, Fundación O.N.C.E., Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994, pp. 3 a 15.

- Ley, principios y derechos, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998.

- Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Trotta, Madrid, 2003.

- Apuntes de teoría del Derecho, Trotta, Madrid, 2005.

QUINTERO OLIVARES, G. *La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita*, en Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales, y criminológicos, Universidad de Huelva, 1999.

REINARES-NESTERES, F. Terrorismo global, Taurus, Madrid, 2003.

REQUEJO CONDE, C. *El nuevo delito de amenazas con finalidad terrorista*, en Actualidad Penal, La Ley, nº. 34, del 20 al 26 de septiembre de 1999.

REY GONZÁLEZ, C. *Agravación de los delitos relacionados con banda armada o elementos terroristas o rebeldes*, en La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión, Comentarios a la Legislación Penal, Revista de Derecho Público, Tomo XI, Edersa, 1990, pp. 27 a 36.

RODRÍGUEZ PUERTA, M^a. J. *De los delitos de terrorismo*, en Comentarios al nuevo Código Penal, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coordinadores), Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 2479 a 2506.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *Colaboración con banda armada, terroristas o rebeldes*, en La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión, Comentarios a la Legislación Penal, Revista de Derecho Público, Tomo XI, Edersa, 1990, pp. 121 a 253.

RUIZ LANDÁBURU, M^a. J. *Provocación y apología: Delitos de terrorismo*, Colex, Madrid, 2002.

SERRANO BUTRAGUEÑO, L. *Provocación y apología*, en Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia, Comares, Granada, 1999.

SERRANO GÓMEZ, A. *El terrorismo en el Derecho Español*, en Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 907 a 920.

- Derecho Penal, Parte Especial, Dykinson, Madrid, 1997.

- Derecho Penal, Parte Especial, Dykinson, Madrid, 2004.

SORIANO SORIANO, J. R. *El terrorismo y el Tribunal Supremo*, en Terrorismo y proceso penal acusatorio, VV. AA., Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 177 a 198.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Thomson, Civitas, Madrid, 2003.

TERRADILLOS BASOCO, J. Terrorismo y Derecho. Comentario a las Leyes Orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Tecnos, Madrid, 1988.

TORRES FERNÁNDEZ, M.^a E. Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal Español, Marcial Pons, Madrid, 2001.

VALLE MUÑIZ, J. M. *El elemento subjetivo de la eximente de estado de necesidad y el delito de colaboración con bandas armadas. (Comentario a la S.T.S. de 5 de diciembre de 1994)*, en Actualidad Penal, nº. 17, del 24 al 30 de abril de 1995, La Ley, pp. 241 a 251.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. Nuevo Código Penal Comentado, Edersa, Madrid, 1996, pp. 695 a 701.

VERCHER NOGUERA, A. Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco (Legislación y medidas), P.P.U., Barcelona, 1991.

-Terrorismo y reinserción social en España, en La Ley, nº. 2, 1994, pp. 969 a 980.

-Terrorismo y reinserción social. Nuevas perspectivas, en La Ley, nº. 1, febrero de 1996, pp. 5 a 8.

VIVES ANTÓN, T. *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico; el problema de la apología del terrorismo*, en Terrorismo y proceso penal acusatorio, VV. AA., Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 17 a 47.

ÍNDICE DE AUTORES.

ALONSO DE ESCAMILLA, A.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.

ÁLVAREZ VIZCAYA, M.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.

ASUA BATARRITA, A.

ARROYO ZAPATERO, L.

BARBERO SANTOS, M.

BELLOCH, J. A.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.

BERNAL DEL CASTILLO, J.

BILBAO UBILLOS, J. M.

BLANCO CORDERO, I.

BLAY VILLASANTE, F.

BOBILLO, F. J.

BUENO ARÚS, F.

BUSTOS RAMÍREZ, J.

CALDERÓN CEREZO, A.

CAMPO MORENO, J. C.

CANCIO MELIÁ, M.

CARBONELL MATEU, J. C.

CARRETERO SÁNCHEZ, A.

CASTRO MORENO, A.

CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.

CLIMENT DURÁN, C.

COBO DEL ROSAL, M.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.

CORCOY BIDASOLO, M.

CRUZ BLANCA, M.^a J.

CUERDA ARNAU, M.^a L.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A.

DE ARÍSTEGUI, G.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. M.

DE LA MORENA BUSTILLO, J.

DE OLIVEIRA ROCHA, L. O.

DE PRADA SOLAESA, J. R.

DE SOLA DUEÑAS, A.

DEL MORAL GARCÍA, A.

DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.

EBILE NSEFUM, J.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M.

FERNÁNDEZ RODERA, J. A.

GARBÓN LLOBREGAT, J.

GARCÍA ALBERO, R.

GARCÍA ARÁN, M.

GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, R.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A

GARCÍA RIVAS, N.

GARCÍA SAN PEDRO, J.

GARCÍA VALDÉS, C.

GARZÓN REAL, B.

GARZÓN VALDÉS, E.

GIMBERNAT ORDEIG, E.

GIMENO SENDRA, V.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.

GÓMEZ CALERO, J.

GONZÁLEZ RUS, J. J.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.

GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I.

GUTIÉRREZ LANZA, G.

HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R.

HERRERO HERRERO, C.

JIMÉNEZ VILLAREJO, J.

LAMARCA PÉREZ, C.

LANDECHO VELASCO, C. M.^a

LÓPEZ GARRIDO, D.

LUZÓN CUESTA, J. M.^a

MAJÓN-CABEZA OLMEDA, A.

MANTECA VALDELANDE, V.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L.

MARTÍNEZ-CARDOS, L.

MESTRE DELGADO, E.

MILLÁN GARRIDO, A.

MIRA BENAVENT, J.

MIRANDA STRAMPER, M.

MOLINA BLÁZQUEZ, C.

MORENO CATENA, V.

MORILLAS CUEVA, L.

MUÑOZ CONDE, F.

MUÑOZ LORENTE, J.

OLMEDO CARDENTE, M.

OTERO GONZÁLEZ, P.

PASTOR ALCOY, F.

PÉREZ CEPEDA, A.

PIEDRA BUENA LEÓN, E.

PIETRO SANCHÍS, L.

POLAINO NAVARRETE, M.

PORTILLA CONTRERAS, G.

PRATS CANUT, J. M.

PRIETO SANCHÍS, L.

QUINTERO OLIVARES, G.

QUINTANAR DÍEZ, M.

REINARES-NESTERES, F.

REQUEJO CONDE, C.

REY GONZÁLEZ, C.

RODRÍGUEZ PUERTA, M^a. J.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.

RUIZ LANDÁBURU, M^a. J.

SERRANO BUTRAGUEÑO, L.

SERRANO GÓMEZ, A.

SORIANO SORIANO, J. R.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.

TERRADILLOS BASOCO, J.

TORRES FERNÁNDEZ, M.^a E.

VALLE MUÑIZ, J. M.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.

VERCHER NOGUERA, A.

VIVES ANTÓN, T. S.